

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Expansión comercial – Libertad de comercio – Sistemas de control de constitucionalidad.

Hechos: Las actoras *Día Argentina S.A.* y *Distribuidora Internacional de Alimentos S.S (Sociedad Española)* interponen demanda contra la Provincia de Buenos Aires, para que se declare la inconstitucionalidad del decreto local 124/2003 de fecha 28 de febrero de 2003, ya que contienen un exceso de los poderes de policía de la provincia que no concuerda con la Constitución Nacional, así como una violación a las garantías constitucionales de libertad de comercio y apartamiento de los derechos adquiridos al amparo de tratados y acuerdos acordados entre la República Argentina y el Reino de

España. Posteriormente, la accionante fundamenta su pedido de inconstitucionalidad y a su vez amplía la demanda planteando la inconstitucionalidad del decreto 1363/03. En esta causa interviene ADELCO-Asociación del Consumidor, como tercero y La Provincia de Buenos Aires como la parte demandada. La CSJN, siendo competente ya que la Provincia de Buenos Aires era la parte demandada, desestima la demanda interpuesta por Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentos S.S

1. Que antigua y reiterada jurisprudencia del Tribunal exige que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa se ejerza frente a la existencia de un “caso” o “controversia judicial”, requisito que debe ser observado rigurosamente, para la preservación del principio de la división de poderes. El poder conferido a la Corte Suprema de Jus-

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Nota a fallo del caso “Día Argentina S. A. y otra”

Por **DIEGO ROBLEDO***

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Sistemas de control de constitucionalidad. **III.** Acción declarativa de inconstitucionalidad: Conceptualización. **IV.** Acción declarativa de inconstitucionalidad: Antecedentes. **V.** Panorama legislativo actual. **VI.** El caso “Día Argentina S.A. y otra”. **VII.** El caso y las cuestiones de derecho procesal constitucional. **VIII.** Conclusión. **IX.** Bibliografía.

* Abogado, Egresado sobresaliente, Distinción al Mérito, Cuerpo de Abanderados y Escoltas supp. de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de Universidad Nacional de Córdoba. Doctorando en Derecho y Cs.Ss. (Universidad Nacional de Córdoba-UNC-). Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Becario Doctoral tipo 2 del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la República. Argentina -CONICET-. Maestría en Derecho Procesal (Universidad Nacional de Rosario) –en curso-. Maestría en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba) –en curso-. Carrera de Especiali-

zación en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Blas Pascal) –en curso-. Estudiante de Postgrado de Intercambio de la Universidad de Massachussets –Umass Civic Initiative 2011-(EE.UU.) como Becario de la Comisión Fulbright Argentina. Ex Becario de la República de Corea. Investigador del Instituto de Derecho Procesal y de la Academia del Bicentenario de la Patria de Derecho Procesal de UNLaR. Investigador en la Secretaría de Ciencia y Técnica (SeCyT-Derecho/UNC), del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Universidad Nacional de La Rioja (CICyT/ UNLaR), Coordinador de Investigaciones de la Editorial del Instituto de Derecho Procesal de UNLaR. Email: drobledoavilapaz@gmail.com.

ticia y a los tribunales nacionales por los artículos 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional se define, de acuerdo con una invariable interpretación, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere en el artículo 21 de la ley 27, es decir, aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Ello excluye, por ende, la posibilidad de admitir pretensiones como la introducida en el sub lite, en tanto la aplicación de las normas o de los actos de otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se exija el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 325:474; 327:1813; 328:3586).

CSJN – 15/06/2010, Buenos Aires – Argentina S.A. y otra c. Provincia de Buenos Aires
Sentencia D. 335. XXXIX



CONTEXTO NORMATIVO DEL FALLO

Leyes Nacionales 23.670, 24.739 y 24.118
Arts. 14, 16, 17 de la Constitución Nacional de Argentina

Buenos Aires, 15 de junio de 2010

Vistos los autos: “Día Argentina S.A. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad”, de los que Resulta:

1) A fs. 194/228 se presentan Día Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentos S.A. (Sociedad Española) y promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto local 124/2003 de fecha 28 de febrero de 2003 y de la totalidad del bloque normativo que éste integra, comprensivo de la ley provincial 12.573, su decreto reglamentario 2372/01 y sus normas concordantes y complementarias, en tanto trasuntan una extralimitación de los podere-

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, la Constitución Nacional de 1853 adoptó en Argentina la forma de gobierno federal (1), a raíz de la cual coexisten dos ordenamientos jurídicos distintos (nacional y provincial (2)).

(1) Constitución Nacional, art. 1. Al respecto, según Barrera Buteler, el federalismo supone “*la descentralización territorial del poder estatal*” (*Provincias y Nación*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 22/23). Por su parte, Federico J. Robledo estima que el federalismo “*...es una doctrina política que apoya la estructura federal como régimen más adecuado para organizar el Estado, reconociendo la necesidad, tanto interior como exterior, de la unión en ciertas materias de legislación y gobierno; pero con autonomía amplia para los territorios con personalidad geográfica e histórica e incluso legislación y gobiernos locales, en todo lo que no se le confió al Estado Federal, al Ejecutivo o Gobierno Federal*”. (*El sistema federal argentino*, en “*Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional: Reforma y Procesos Constitucionales*”, Año XII, N° 7, Huancayo (Perú), 2005, p. 155).

(2) Constitución Nacional, arts. 5 y 123.

Como consecuencia de ello, la supremacía constitucional -forjada en el artículo 31 (3) de la Constitución Nacional (en adelante C.N.)- presenta dos alcances. Siguiendo a Ricardo Haro, podemos distinguir la “*supremacía en sentido estricto*” “*...que correspondía a la Constitución Nacional (...), respecto de todas las normas infraconstitucionales que integran tanto el orden jurídico nacional (leyes, tratados, decretos, reglamentos, etc.) como los provinciales y municipales*”. Y, la “*supremacía en sentido amplio*” “*...*”

(3) Constitución Nacional, art. 31: “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859*”. Ello sin perjuicio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, incorporado en la reforma de 1994, con arreglo al cual se receptan una serie de tratados internacionales de derechos humanos con “*jerarquía constitucional*”.

res de policía de la provincia en apartamiento de la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional, así como una violación a las garantías constitucionales de libertad de comercio (artículo 14), igualdad (artículo 16), derecho de propiedad (artículo 17) y apartamiento de los derechos adquiridos al amparo de los tratados y acuerdos celebrados entre la República Argentina y el Reino de España, de carácter supra legal (leyes nacionales 23.670, 24.739 y 24.118). Señala la parte actora que Distribuidora Internacional de Alimentos es una empresa española dedicada desde hace largo tiempo a la explotación, en el mercado europeo, del negocio del Supermercado Barrial de Precios Bajos, también llamado Tienda de Descuento. Afirma que dicho formato comercial consiste en ofrecer a sus clientes un lugar de compras de proximidad y bajos precios, a partir de locales con superficie de venta de 200 a 400 m², similar a un autoservicio, y del desarrollo de economías de escala por centralización de procesos clave. Aña-

de que esa idea comercial se ha consolidado en el mercado europeo, habiendo llegado a abarcar en la actualidad aproximadamente el 10% del mercado, en más de 33.000 puntos de venta. Esa actividad que, según afirma Día, despliega con rotundo éxito en numerosos países, encontró su marco de adaptación en la Argentina, al amparo de una política gubernamental de promoción de inversiones extranjeras y desregulación del comercio, en cuyo desarrollo abrió 233 locales entre los años 1997 y 2001. En ese lapso, la legislación no establecía ninguna condición de habilitación distinta de aquellas requeridas para cualquier establecimiento, pero esa situación comenzó a variar a partir del año 2001, alteración que la actora atribuye a la presión ejercida por las cámaras representantes del comercio minorista a nivel provincial. Así, advierte en la ley 12.573 una voluntad intervencionista y tuitiva de los comerciantes minoristas, al crear un Fondo de Re-conversión Minorista, financiado con las multas impuestas a cadenas como la que forma la actora.

que es la de todo el “derecho federal” respecto del “derecho local (provincial y municipal)”⁽⁴⁾.

Bajo esta perspectiva, a los fines de ejercitar el control de constitucionalidad, puede recurrirse a diversos procesos constitucionales, tales como: amparo, habeas data, habeas corpus, acción declarativa de inconstitucionalidad y recurso extraordinario federal, principalmente.

En particular, el presente trabajo tiene por objeto analizar la *acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito federal* –en Argentina-. Desde el punto de vista metodológico, se divide en diversas partes: i) En primer lugar, desarrollaremos la acción declarativa de inconstitucionalidad en cuanto a su conceptualización, antecedentes, su actual panorama legislativo en la Ley 26.853 y la problemática de la delimitación del sujeto pasivo; ii) En segundo lugar, reseñaremos el caso “*Día Argentina S.A. y otra*”, resuelto por el Máximo Cuerpo Nacional; iii) En tercer lugar, analizaremos las principales cuestiones de dere-

cho procesal constitucional que plantea el caso en cuestión; iv) Por último, aportaremos nuestras conclusiones.

II. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En la actualidad existen diversos sistemas de control de constitucionalidad (5), entre los cuales, –siguiendo a García Belaúnde– podemos distinguir: a) difuso, b) concentrado, c) político, d) mixto, dual o paralelo (6).

2.1. Sistema difuso: es aquél en el cual todos los jueces, en su función jurisdiccional, se encuentran facultados para ejercer el control de constitucionalidad, por ser el sistema judicial “difuso” o “desconcentrado”.

.....

(5) Según García Belaúnde, los sistemas de control de constitucionalidad constituyen “...las formas, usos, estilos o estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y su defensa” (*Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, p. 130).

(6) GARCIA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit., p. 130 y sgtes.

(4) HARO, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, 2da. edición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2008, p. 62.

Expresa que Día España ha realizado cuantiosas inversiones en el país y que, dentro del plan de expansión de la empresa, la Provincia de Buenos Aires ocupa un lugar privilegiado, por lo que la legislación local que impugna torna ilusoria la garantía constitucional de ejercer toda industria lícita, al establecer una instancia provincial en el procedimiento de habilitación, que no se compadece con el régimen constitucional vigente. Describe la actora su modalidad operativa, por la que concentra el poder de compra en un número limitado de productos y marcas, con la mejor relación entre precio y calidad, teniendo en miras al consumidor barrial y habitual y sin perjudicar la restante actividad comercial de la zona ya que, a diferencia de los grandes supermercados, no ofrece otra clase de prestaciones. Desde esa perspectiva formuló su plan de expansión, que no llegó a alcanzar el volumen mínimo indispensable para que las inversiones realizadas permitieran, en razón de los precios bajos, una rentabilidad “de escala”, es decir, asociada a la

venta de grandes volúmenes de mercadería. Al tiempo de la sanción de la cuestionada ley 12.573, la actora se encontraba ejecutando dicho plan de expansión con una inversión anual (según indica) de U\$S 100.000.000.

Afirma la actora que la ley mencionada y las disposiciones que integran el bloque normativo impugnado generan severas restricciones que alteran las condiciones preexistente, en las que diseñó su actividad comercial, ya que a partir de su dictado no podrá abrir más que un número de tiendas que califica como arbitrariamente fijado – ni podrá otorgar franquicias por encima de dicho límite – por el plazo de 180 días, a la vez que deberá “sobreponerse a los más rigurosos y desproporcionados estudios de factibilidad previstos” (fs. 202). Describe los múltiples perjuicios que le ocasiona tal legislación, que comprenden –entre otros aspectos– la esterilidad de los diversos y costosos estudios realizados para ejecutar sus planes de expansión, el despido de

Así lo ha sostenido la jurisprudencia inveterada del Alto Cuerpo Nacional, puntualmente, a partir de los célebres casos “Sojo”(7) (1887) y “Elortondo”(8) (1888). En este último caso referenciado, precisó “...que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos...”.

Bajo esta perspectiva, expresa Sagüés(9) que “en la República Argentina el control judicial de constitucionalidad de las leyes es un derecho y un deber para la judicatura; una tarea suprema y fundamental para los magistrados judiciales y una función moderadora a cargo del Poder Judicial, esto es de control respecto de los demás poderes del Estado, circunstancia que confiere a tal quehacer matices políticos constitucionales de índole gubernamental”.

Asimismo, el Poder Judicial necesariamente se autocontrola constitucionalmente en sus propios actos, con la aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las llamadas sentencias arbitrarias(10).

(7) CSJN, Fallos: 32:120, “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación”, 22/09/1887.

(8) CSJN, Fallos: 33:162, “Municipalidad de la Capital c. de Elortondo, Isabel A.”, 14/04/1888.

(9) SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso Extraordinario*, Ed. Depalma, Tº 1, Buenos Aires, 1984, p. 88.

(10) Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pergeña la doctrina de la arbitrariedad en el célebre caso Fallos: 112:384, “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro”, 02/12/1909. Sin embargo, la aplica por primera vez, años más tarde, en Fallos: 184:237, “Storani de Boidanich, Victoria y otros c. Ansaldi, Imperial y Bovio”, 26/06/1939.

personal, la frustración de contratos y de inversiones de variada índole, así como la afectación del valor de mercado de la empresa. Atribuye al dictado del decreto 124/03 el agravamiento de dicha situación, en cuanto dispone la suspensión por el término de 180 días de la excepción que la ley 12.573 otorgaba a las franquicias de cadenas de descuento, estableciendo (a su juicio) condiciones más gravosas en la elección de la Universidad Nacional a efectos de la realización del estudio de impacto socioeconómico. Sostiene la actora que tal régimen normativo es inconstitucional por reglamentar el comercio de manera arbitraria, restringiendo una garantía constitucional en beneficio de un sector minoritario de la economía, ya que su parte no podrá habilitar más que un número determinado de locales, aunque cumpla con la totalidad de la legislación vigente. Refiere la irrazonabilidad de la proporción establecida en función del número de habitantes de cada municipio, así como la desigualdad que entraña la norma en tanto no sujeta a las mismas

restricciones a la instalación de tiendas que no integran cadenas, aunque presenten similares características, las que podrían, potencialmente, ocasionar idéntico impacto ambiental o económico, por lo que concluye que tal discriminación no responde a razones objetivas.

Cuestiona igualmente la demandante las disposiciones que regulan el estudio de factibilidad, a las que asigna la intención de convertir a dicho análisis en una especie de “prueba diabólica” que impida la efectiva apertura de tiendas (fs. 212) y advierte que el resultado de ese estudio debe ser sometido a consideración de organismos que, por su integración con representantes de los comerciantes ya instalados, revestirían simultáneamente el carácter de juez y parte. Impugna también la regulación de la competencia y la suspensión del otorgamiento de franquicias y manifiesta que las normas se proyectan en un mercado cautivo de un “monopolio de clase”, valiéndose para ello de la severidad reglamentaria

En este sentido, Luis Ramón Madozzo, remarca entre algunas de las características de este sistema difuso o desconcentrado las siguientes: i) su carácter *permanente*, porque lo realizan los jueces naturales, no existiendo órganos judiciales “*ad hoc*” para este control; ii) es *amplio*, en función de los sujetos que pueden promoverlo, los cuales deben tener la calidad de agraviados por una norma o acto (u omisión) inconstitucional. Es decir, deben tener interés legítimo para promover el respectivo proceso constitucional; iii) este control *recae sobre leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, instrucciones*, etc. de carácter nacional, provincial o municipal y también abarca las omisiones de la autoridad pública. iv) la sentencia que declara la inconstitucionalidad reviste carácter *decisorio*. En otras palabras, no se trata de un mero dictamen, ni de una declaración consultiva, ni necesita ser confirmada por cualesquiera de los otros dos poderes (Ejecutivo y Legislativo). Es más, frente a su eventual incumplimiento, ello justificaría la actuación de la Corte a los fines de su ejecución. v) Los alcances del fallo judicial, en principio, tienen validez *inter partes*, en el caso concreto y no “*erga omnes*”; -salvo claro está que se encuentren en discusión derechos de incidencia colectiva, en

cuyo supuesto se extienden los límites subjetivos de la cosa juzgada (11)-. En realidad, el juez no deroga la norma inconstitucional, sino que declara que resulta inaplicable en el caso concreto (12).

.....

(11) En esta línea, la Corte Suprema reconoció los efectos “*erga omnes*” de sus resoluciones en un asunto donde se discutían derechos de incidencia colectiva sobre bienes individuales homogéneos (CSJN, Fallos: 332:111, “*Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dt. 1563/04*”, 24/02/2009). Para profundizar el tópico atinente a las sentencias constitucionales, ver: RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional - Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, publicación de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Kipus, Cochabamba - Bolivia, 2001; SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, LL 2005-F, 1461, HERNÁNDEZ DEL VALLE, *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2006, entre otros.

(12) MADOZZO, Luis Ramón, “El control de constitucionalidad-Sub tema: En el orden local”, en 1ª *Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil-Homenaje a Augusto Mario Morello*, J.A., Bs. As., 20-05-1987, N° 5516, p. 70.

para con los interesados en ejercer la actividad, en solo beneficio de un sector: el de la capacidad comercial instalada.

Finalmente, la accionante desarrolla y fundamenta lo que configura, a su juicio, violación de los artículos 14, 16, 17, 28, 31, 42, 75 incisos 12, 18, 19 y 126 de la Constitución Nacional, del Pacto Federal, de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, así como de las normas de desregulación económica, por lo que solicita que se declare la inconstitucionalidad pedida y se cite, en calidad de terceros, a las asociaciones de consumidores ADECUA y ADELCO.

II) A fs. 247/261 la actora amplía demanda, impugnando el decreto 1363/03, que dispone la supresión del número 111 del listado del Anexo II y el artículo 61 del Anexo I, ambos del decreto 2372/01, reglamentario de la ley 12.573. Señala que las disposiciones suprimidas establecían las excepciones para la concesión de franquicias,

que antes habían sido suspendidas por 180 días, lo que entiende como un nuevo agravio a sus derechos y la imposición de un “sacrificio diferenciado” en el sentido que a tal expresión le asigna la doctrina de este Tribunal. Efectúa, asimismo, una ampliación de los fundamentos de su demanda, con el examen de antecedente extranjeros y de precedentes jurisprudenciales.

III) A fs. 289/292 contesta la citación de tercero ADELCO (Asociación del Consumidor), cuestionando el bloque normativo de referencia, por entender que produce distorsiones en el mercado, viola materias de competencia federal y se proyecta “en detrimento de la libertad del consumidor por la elección de precios, calidades y variedades en su acceso al mercado”.

IV) A fs. 394/399 contesta demanda la Provincia de Buenos Aires y solicita su rechazo por múltiples razones. Afirma que la situación descrita por la actora se ha visto desvirtuada por los acon-

En la actualidad, la Constitución Nacional reformada en 1994, establece expresamente en su artículo 43 primer párrafo que “*En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”.

2.2. Sistema concentrado: aquí el control de constitucionalidad se encomienda a un “organismo jurisdiccional especializado, llámese Tribunal Constitucional, Corte Federal Constitucional o Tribunal de Garantías Constitucionales...”⁽¹³⁾. Se origina a principios del siglo XX en Europa, en función del pensamiento de Kelsen, plasmado en la Constitución de Austria (1920), y extendiéndose luego a Checoslovaquia (1920) y España (1931), entre otras.

2.3. Sistema político: el control de constitucionalidad se confiere a un órgano de carácter político, tal lo que sucedió en Francia. Sin perjuicio de ello, no podemos soslayar que –recientemente– el sistema francés reconoce la “cuestión prio-

ritaria de constitucionalidad”⁽¹⁴⁾ con arreglo a la cual puede intervenir no sólo ex ante de la sanción de una ley, sino también ex post ⁽¹⁵⁾.

2.4. Sistema dual o paralelo. En este punto, señala García Belaúnde que “*El modelo dual o paralelo –puede llamársele indistintamente– es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, y ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993...*”⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit., p. 131.

⁽¹⁵⁾ Sobre la cuestión prioritaria de constitucionalidad, ver: página oficial del Consejo Constitucional Francés: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad.48006.html> (Consulta: 28/12/013)

⁽¹⁶⁾ GARCÍA BELAUNDE, Temis, Bogotá (Colombia), 2001, p. 133.

⁽¹³⁾ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., p. 35

tecimientos, ya que desde el año 2003 se le han otorgado, en forma paulatina y dentro del marco establecido por la ley 12.573, veintinueve habilitaciones dentro del territorio de la provincia. Sostiene que la demanda no reúne los recaudos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que las normas cuestionadas configuran reglas claras a las que la actora se ha acogido exitosamente. Atribuye a algunos de los argumentos de la contraria el carácter de “efectistas”, aunque carentes de sustento, y estima sin asidero la afirmación de que el trámite de habilitación registra excesivas demoras. Reivindica sus atribuciones reglamentarias de la actividad y expresa que se ajusta a pautas plenamente razonables, así como las establecidas para la realización del estudio de factibilidad. Niega que exista transgresión a las normas federales de defensa de la competencia y del consumidor y advierte que, por el contrario, las normas intentan prevenir la concentración monopólica de los grandes grupos comerciales.

V) Abierta la causa a prueba y producida la que da cuenta el certificado de fs. 430, se pusieron los autos para alegar, habiendo hecho uso de ese derecho ambas partes, con lo que la causa fue remitida en vista al señor Procurador General de la Nación y a fs. 480 se dictó la providencia de autos.

Considerando:

11) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

21) Que, a los fines de pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción intentada, es necesario comprobar si se han cumplido los requisitos que impone el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Cabe recordar que, de conformidad con los precedentes de esta Corte en la materia, la acción declarativa de inconstitucionalidad debe res-

III. ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: CONCEPTUALIZACIÓN

Aquí nos ocuparemos de uno de los procesos constitucionales en la órbita federal, cual es la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Al respecto, el ilustre jurista Ricardo Haro sostiene que la “acción declarativa de inconstitucionalidad es una de las novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que como en tantas otras loables circunstancias, ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto tribunal, en virtud del ejercicio de un poder constituyente material que le permite, como intérprete final de la Constitución, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas”(17). En esta línea, Federico J. Robledo señala que la “acción declarativa de inconstitucionalidad es una vía del control de constitucionalidad mediante la cual se

tutela de modo efectivo y eficaz la plena vigencia de la Constitución (art. 31 CN)”(18). Por su parte, Gozáni precisa que “la acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional”(19).

(18) ROBLEDO, Federico J., Acción declarativa de inconstitucionalidad”, en III Jornadas Argentina-Chilena de Derecho Constitucional, en Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XVIº N° 172, agosto 2000, p.6.

(19) Esta puede hacerse valer por vía de acción como ocurre con la demanda de amparo. O también, puede plantearse en forma derivada, a través, del recurso extraordinario de inconstitucionalidad (Ley 48, art. 14). A su vez, como un tercer modelo de procedimiento tenemos a la acción meramente declarativa que se encuentra regulada en el art. 322 del CPCCN (GOZAINI, Osvaldo A., “La acción de inconstitucionalidad”, en XXVº Congreso Nacional de Derecho Procesal-Hacia el Bicentenario. Por una justicia transparente en el sistema republicano, 11 al 13 de noviembre de 2009, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, Facultad de Derecho, UBA., Asociación Argentina de Derecho Procesal, Talleres Gráficos de Imprenta Lux S.A., Santa Fe, 9 de noviembre de 2009, p.489). Ahora bien, este instituto de la acción meramente declarativa tiene

(17) HARO, Ricardo, “La Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, disponible en: www.acaderc.org.ar/doctrina [consulta: 10/07/2013].

ponder a un “caso”, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa. En efecto, la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes (al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal) y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379; 310:606; 311:421, entre otros).

31) Que, en tal sentido, esta Corte ha exigido:

a) que medie actividad administrativa que afecte un interés legítimo;

b) que el grado de afectación sea lo suficientemente directo;

c) que aquella actividad tenga concreción bastante (Fallos: 307:1379; 325:474; 328:502, 3586, entre otros).

De allí se desprende que, en definitiva, este control preventivo de constitucionalidad se efectúa por vía de *acción* y el planteamiento constitucional se realiza por medio de una *demanda*.

En consecuencia, la acción declarativa de inconstitucionalidad constituye una pretensión declarativa que tiende a la obtención de una resolución judicial que elimine la incertidumbre motivada por la inconstitucionalidad que se cuestiona, en el marco de un “caso concreto”.

IV. ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: ANTECEDENTES

Víctor Bazán señala que la historia de la acción declarativa se divide en tres etapas. Así, el *primer período* va hasta el año 1967, y corresponde a la etapa en que la acción meramente declarativa no se encontraba legislada. Luego, el *segundo período* va

.....
carácter residual porque gira en torno a estos requisitos: a) hacer cesar un estado de incertidumbre (vgr. interpretar el alcance de una cláusula contractual); b) que el actor sufra un perjuicio o lesión actual y c) que no exista otro medio legal para ponerle término.

41) Que la demostración de que el régimen legal ha afectado los derechos de la actora y en qué medida ello ha sucedido, exige la clara exposición de los presupuestos en que se funda la procedencia de la acción y la demostración de que ellos concurren en el caso, lo que no ha acontecido en el sub lite, pues más allá de la entrada en vigencia de las normas que se cuestionan, la actora no ha demostrado la existencia de actividad alguna que en forma actual ponga en peligro los derechos constitucionales invocados o les infiera lesión con concreción suficiente que justifique la actuación del Poder Judicial.

51) Que, en efecto, como lo señala el señor Procurador Fiscal en su dictamen de fs. 475/479, las demandantes han invocado la afectación de su derecho constitucional de ejercer libremente el comercio, pero no han probado la existencia de algún acto de autoridad competente (o, al menos, de un hecho administrativo) que haya limitado la ejecución de un plan de expansión

desde que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), Ley 17.454 -en vigencia a partir de 1968-, instituyó a la acción meramente declarativa (art. 322) y la misma se utilizó acorde a su finalidad específica. Y, por último, el *tercer período* corre desde 1985 a la actualidad, y se caracteriza porque la acción declarativa de inconstitucionalidad se adecua dentro de las pautas legales del art. 322 del CPCCN y se utiliza como una herramienta dentro del sistema de control de constitucionalidad (20).

Ahora bien, coincidimos con Ricardo Haro que en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tenemos: a) una originaria posición negatoria de la acción declarativa de inconstitucionalidad; b) la recepción de la acción meramente declarativa en la jurisdicción federal c) el surgimiento jurisprudencial de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

.....
(20) BAZAN, Víctor, “Reflexiones sobre la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 8, N° 2 ISSN 0717-2877, Universidad Editorial de Talca, Talca, Chile, 2002, ps. 94-95.

de sus actividades, que dicen tener, pero que tampoco han acreditado.

La lesión que, según afirman, deriva de las nuevas exigencias en materia de habilitación y de aprobación de factibilidad, no fue demostrada y no se evidencia que se encuentre en vías de concreción, pues las demandantes no han acompañado constancia alguna que indique la obstaculización de un trámite o la frustración de un objetivo idóneo para desplegar su actividad empresarial. Antes bien, como lo destaca el señor Procurador Fiscal, es la accionada quien probó que la actora, sujetándose a la normativa impugnada, ha obtenido la habilitación de veintinueve establecimientos en el territorio provincial.

61) Que, por otra parte, surge de la prueba informativa producida en la causa (contestación del Ministerio de Producción de la Provincia de Buenos Aires, fs. 417) que, si bien obraban en el organismo presentaciones de la actora solicitando

la inscripción en el Registro de Cadenas de Distribución para los establecimientos comerciales que se encontraban funcionando en el territorio local, no había concluido el respectivo trámite de registración, en razón de que la documentación acompañada había sido observada, sin que hasta esa fecha la actora hubiese subsanado tal circunstancia a pesar del requerimiento formulado en tal sentido. Dicho informe, que no fue objeto de controversia por parte de la demandante, lejos de demostrar la existencia de actividad administrativa obstructiva de los derechos constitucionales invocados, traduce una inacción incompatible con la dinámica empresarial supuestamente perjudicada por las normas en cuestión.

71) Que, en tales condiciones, la peticionaria ha entendido configurada la situación de incertidumbre con la sola emisión de las normas y su confrontación con un esquema de desarrollo comercial operativo, cuya afectación resulta meramente especulativa, en tanto no se han aportado

4.1. Originaria Posición Negatoria

Durante décadas el Alto Cuerpo Nacional sustentó una postura negatoria en torno a la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad esgrimiendo.

Así pues en el caso *“Provincia de Mendoza c/ Nación Argentina”* (año 1959)(21), sostuvo que su intervención se encontraba condicionada a la existencia de un “caso” o “controversia judicial”, de conformidad a lo prescripto en los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional (hoy 116 y 117), excluyéndose las declaraciones generales e indirectas de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes del estado. Igual criterio se sostuvo en el caso *“Banco Hipotecario Nacional c/ provincia de Córdoba”* (26/12/1963)(22).

No obstante lo cual, un sector de la doctrina sostiene la *función declarativa preventiva y reparadora de la acción declarativa de inconstitucionalidad*, siempre que exista un interés concreto

y objetivo para acceder a la jurisdicción, en la inminencia de un daño y procurar que el mismo se produzca en el marco de la administración de Justicia, no caben dudas que se otorga un sentido preventivo sin menoscabar la función de los otros poderes del Estado.

4.2. La recepción de la acción meramente declarativa en la jurisdicción federal

En el año 1968, mediante la Ley 17.454 se introduce la acción meramente declarativa en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), conforme al cual se dispone que *“Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.”*

El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.”

(21) CSJN, Fallos: 243:176.

(22) CSJN, Fallos: 256:104.

datos concretos acerca de los establecimientos que se proyectaba instalar, el ocurrente rechazo de tales propuestas, el inicio de los trámites y la demora o desestimación irrazonable o infundada, la parcialidad en la apreciación de la factibilidad y, en fin, todas las hipótesis que sólo a modo de conjetura formuló para descalificar la reglamentación referida. Tal criterio prescinde del requisito de la concreción bastante señalado precedentemente y enfatizado por el Tribunal en sus decisiones, mencionadas supra, por lo que los agravios constitucionales resultan meramente hipotéticos, sin que eventuales dificultades en la planificación empresarial motivadas en la mera existencia de ese plexo normativo, constituyan fundamento suficiente como para transformar en cierto y actual un gravamen que sólo se presenta como de naturaleza conjetural (Fallos: 328:3586).

81) Que antigua y reiterada jurisprudencia del Tribunal exige que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa

se ejerza frente a la existencia de un “caso” o “controversia judicial”, requisito que debe ser observado rigurosamente, para la preservación del principio de la división de poderes. El poder conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los artículos 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere en el artículo 21 de la ley 27, es decir, aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Ello excluye, por ende, la posibilidad de admitir pretensiones como la introducida en el sub lite, en tanto la aplicación de las normas o de los actos de otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se exija el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 325:474; 327:1813; 328:3586)

91) Que, bajo esa óptica, las pretensiones y argumentaciones planteadas por la actora permiten al Tribunal señalar que se excedería en mu-

4.3. El surgimiento jurisprudencial de la acción declarativa de inconstitucionalidad en la jurisdicción federal y por la CSJN

Con el paso del tiempo, en el año 1985, la Corte Suprema receptó la figura de la acción declarativa de inconstitucionalidad, bajo el anclaje normativo de la acción meramente declarativa, prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Así pues, en el *leading case* Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/ o YPF (Fallos: 307:1379), se reconoce primera vez la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, con los alcances citados supra, tesis que se extendió en diversos casos trascendentes –en lo que al instituto en cuestión se refiere–(23).

Desde otro costado, en el ámbito académico se destaca el aporte general del IIº Congreso Na-

cional de Derecho Procesal celebrado en Salta (1948), que recomendó instituir la acción declarativa (24).

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que, recientemente, en el XXVº Congreso Nacional de Derecho Procesal se debatió concretamente la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (25) y se alcanzaron Conclusiones sobre: 1. La acción declarativa de inconstitucionalidad. a. En el orden nacional; b. En las provincias; c. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (26).

(23) CSJN, Fallos: “Gómez S.A. c/ Provincia de Córdoba” del 3-02-1987, “Lorenzo c/ Estado Nacional” del 12.12.1985, “Klein Guillermo Walter”, 29/08/1986, La Ley 1987-A-496; “Doctrina Judicial 1988-I-138, La Ley 1987-D-341.

(24) Quiroz FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, Conclusiones, del II Congreso Nacional 1948, Revista de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 12 de agosto de 1999, p. 28.

(25) XXVº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 11 a 13 de noviembre de 2009, En homenaje a la Memoria del Dr. Augusto M. Morello, Ponencias generales, relatos generales, trabajos seleccionados, Talleres Gráficos de Imprenta Lux, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2009, p. 697 y ss.

(26) Las Conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal son las siguientes:

cho la función encomendada al Poder Judicial si se admitiese una demanda de esta naturaleza, sin acto de poder administrador que tenga concreción directa, actual y bastante, lo que exigiría emitir un pronunciamiento de carácter teórico por medio del cual, ineludiblemente, se juzgasen las bondades del sistema vigente y cuestionado, función que, sin los presupuestos necesarios e inevitables a que se ha hecho referencia en el considerando 31, le está vedado a esta Corte ejercer (doctrina de Fallos: 325:474). Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la presente demanda, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General de la Nación.

RICARDO LUIS LORENZETTI –
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO –
CARLOS S. FAYT –
ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)-

JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia)-
E. RAUL ZAFFARONI –
CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los resultados de la disidencia de los jueces Petracchi y Maqueda.

11) Se trata el caso de una demanda dirigida contra la validez de la ley 12.573 dictada por la Provincia de Buenos Aires, que tiene por objeto regular el funcionamiento de cierto tipo de locales de venta minorista, a saber, aquellos que forman parte de una “cadena de distribución”, o que puedan ser clasificados como una “gran superficie” (artículo 11). La primera de tales categorías se aplica al conjunto de locales que pertenecen

V. PANORAMA LEGISLATIVO ACTUAL

La acción declarativa de inconstitucionalidad no se encuentra regulada en forma expresa en el

1. La pretensión de inconstitucionalidad a nivel federal, es autónoma con respecto a la mere declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
2. Atento a la dificultad advertida, a nivel federal, en la integración de la litis, cuando el tema constitucional planteado atañe a un sujeto colectivo, se propone para esos supuestos, la intervención de quienes puedan presentarlo adecuadamente.
3. En el orden nacional, los requisitos y la eficacia de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, en el estado actual, se encuentran condicionados por el sistema difuso adoptado. Se propugna la revisión del paradigma en orden a obtener efectos expansivos del pronunciamiento en casos análogos, teniendo en cuenta el impacto temporal de la decisión y la potencial afectación de relaciones jurídicas consolidadas.
4. Se advierte que los sistemas provinciales han tenido una mayor evolución en la consagración de distintas herramientas para las acciones de inconstitucionalidad. Se propone su análisis teórico u práctico a efectos de una futura modificación a nivel federal”.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que entró a regir en el año 1968.

De este modo, ha sido la jurisprudencia de la Corte la que ha ido perfilando los alcances del instituto de referencia, en base a las disposiciones de la acción meramente declarativa, previstas en el art. 322 del CPCC.

Sin embargo, corresponde precisar ciertas diferencias relevantes entre las mismas. Por un lado, la *acción meramente declarativa*, tiene lugar en el ámbito de intereses privados, de carácter disponibles. Por otro lado, la *acción declarativa de inconstitucionalidad* tiene lugar en el ámbito del derecho público. En este último supuesto, ello implica que el juez al atender el esclarecimiento del estado de incertidumbre, también debe contemplar y resolver el interrogante de la inconstitucionalidad demandada. Ello determina que el juez al resolver la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad “*puede simultáneamente disponer la inconstitucionalidad correspondiente*” (27)

(27) GOZAINI, Osvaldo A., “La acción de inconstitucionalidad”...ob. cit., p. 490.

a un mismo grupo económico, o han sido proyectados conjuntamente, o se hallan relacionados por elementos de utilización compartida. Son consideradas “grandes superficies” cuando el área ocupada excede los 500, 900 o 1800 metros cuadrados y la población del municipio es de hasta 50.000, entre 50.000 y 300.000, o mayor a 300.000, respectivamente (artículo 21). La instalación de locales así clasificados, está sujeta a ciertas condiciones y restricciones, en especial dos: a) una cantidad máxima de locales que las “cadenas de distribución” pueden instalar, según sea la población del municipio (artículo 41) y, b) el procedimiento que deben seguir las empresas para emplazar locales de “gran superficie” o que formen parte de una “cadena de distribución” (artículos 91 a 12).

El tipo de locales que explota la parte actora, DÍA Argentina S.A., es alcanzado por el régimen que estableció la Provincia de Buenos Aires mediante la ley 12.573, motivo por el cual, en

defensa de sus intereses, la referida compañía ha promovido la presente demanda. Su primer y principal línea de ataque contra la ley provincial radica en la falta de atribuciones con que fue sancionada de acuerdo con la distribución de competencias establecida por la Constitución Nacional entre las provincias y la Nación [I]. Con ese fin, la demanda acude a dos tipos de argumentos. El primero [I.a] supone que la ley impugnada versa sobre una materia que está vedada a las legislaturas provinciales, pues forma parte de la facultad de dictar el código de comercio que, según el artículo 75.12 de la Constitución, pertenece exclusivamente al Congreso. El segundo [I.b], parte de admitir que se trata de una materia sobre la cual pueden legislar tanto la Nación como los estados locales de manera concurrente, pero que, en el caso particular de la ley 12.573, la Provincia de Buenos Aires lo ha hecho de un modo tal que interfiere o entra en colisión con las leyes que sobre el mismo tema ha dictado el Congreso (Código de Comercio, Ley de Defensa

Ahora bien, declara a la reciente Ley 26.853/2013 (28), de creación de las Cámaras Federales de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal (art. 2), Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social (art.3) y Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial (art.4), advertimos que se incorpora a nivel nacional la regulación de los recursos extraordinarios de casación (arts. 288 a 294 del CPCCN.) e inconstitucionalidad (arts 295 a 296 del CPCCN.) y de la acción impugnativa de revisión (arts.297 a 301 del CPCCN.) (29), mas no se ha regulado de igual forma expresa, a la acción declarativa de inconstitucionalidad. La cual sigue representando un gran desafío actual en el ámbito nacional.

(28) La Ley Nacional Nº 26.853 de creación de las Cámaras Federales de Casación, sanc. 24-04-2013, promulg. 9-05-2013 y publ. B.O. 17-05-2013 integra la normativa para la Reforma Judicial “Hacia la Democratización de la Justicia”

(29) CSJN, Acordada 23/2013 de fecha 14-08-2013 ha decidido que hasta que no se integren las nuevas cámaras, no se implementan los correspondientes recursos extraordinarios, cuya competencia se les asigno.

VI. EL CASO “DÍA ARGENTINA S. A. Y OTRA”

Las actoras Día Argentina S. A. y Distribuidora Internacional de Alimentos S.S (Sociedad Española) promueven una demanda en contra de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto local 124/2003 de fecha 28 de febrero de 2003 y de la totalidad del bloque normativo que éste integra, comprensivo de la ley provincial 12.573, su decreto reglamentario 2372/01 y sus normas concordantes y complementarias, toda vez que trasuntan una extralimitación de los poderes de policía de la provincia en apartamiento de la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional, así como una violación a las garantías constitucionales de libertad de comercio (artículo 14), igualdad (artículo 16), derecho de propiedad (artículo 17) y apartamiento de los derechos adquiridos al amparo de los tratados y acuerdos celebrados entre la República Argentina y el Reino de España, de carácter supralegal (leyes nacionales 23.670, 24.739 y 24.118).

La actora agrega que tiene una empresa de alimentos dedicada hace largo tiempo a la explotación, en el mercado europeo, y que su modalidad

de la Competencia, Ley de Defensa del Consumidor y decreto de desregulación 2284/1991). El segundo tipo de cuestionamiento constitucional ensayado por la demandante presenta la ley provincial como una restricción irrazonable y discriminatoria de sus derechos a comerciar y ejercer industria lícita reconocidos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional [II]. Por último, menciona que se estaría ocasionando también un desconocimiento de las reglas convenidas por la República Argentina y el Reino de España en el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, ratificado por la ley 24.118, al obstaculizarse de manera injustificada y arbitraria el desarrollo de las inversiones de la firma DIA Argentina S.A., cuyo capital sería de origen español [III].

21) En primer término, cabe señalar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte. Sin embargo, el escrito de demanda menciona diversas cuestiones, no todas

las cuales han sido planteadas de modo tal que puedan dar lugar a un pronunciamiento judicial sobre el mérito de la cuestión. Es lo que sucede en relación con las alegaciones contenidas en la demanda y que antes fueron reseñadas bajo el número II. En efecto, más allá de la mención de los derechos referidos y de los artículos respectivos de la Constitución, no alude a hechos o argumentos distintos y más concretos que los relacionados con la supuesta colisión entre la ley provincial y las atribuciones del gobierno nacional (I.a y I.b) que justifiquen y hagan posible un pronunciamiento judicial disponiendo las medidas protectoras ajustadas a los hechos lesivos que tenga por ciertos. Por consiguiente, resulta innecesario decidir si tales puntos constituyen o no un obstáculo para que el presente caso sea fallado por esta Corte en ejercicio de su competencia originaria, es decir, determinar si se trata de una cuestión “especialmente” regida por el derecho federal (Fallos: 10:20 y 134; 306:1363, 1369); ello sin perjuicio del derecho que tiene la actora

es la del Supermercado Barrial de Precios Bajos, similar a un autoservicio. En el desarrollo de este negocio, abrió 233 locales entre los años 1997 y 2001, porque la legislación entonces vigente, lo permitía. Mas esta situación comenzó a variar a partir del año 2001. Por ende, cuestiona la ley 12.573 en tanto resulta intervencionista y tuitiva de los comerciantes minoristas, al crear un Fondo de Reversión Minorista, financiado con las multas impuestas a cadenas como la que forma la actora.

La actora subraya que ha realizado cuantiosas inversiones en el país y que, dentro del plan de expansión de la empresa, la Provincia de Buenos Aires ocupa un lugar privilegiado, pero que causa de la citada legislación local que impugna, se torna ilusoria su garantía constitucional de ejercer toda industria porque se impone un procedimiento de habilitación limitativo del número de tiendas que se puede abrir, lo que no se compadece con el régimen constitucional vigente.

La actora también describe los múltiples perjuicios que le ocasiona tal legislación. A este régimen normativo lo tilda de **inconstitucional** por reglamentar el comercio de manera arbitraria, restringiendo una garantía constitucional

en beneficio de un sector minoritario de la economía, ya que su parte no podrá habilitar más que un número determinado de locales, aunque cumpla con la totalidad de la legislación vigente. Refiere la *irrazonabilidad* de la proporción establecida en función del número de habitantes de cada municipio, así como la *desigualdad* que entraña la norma en tanto no sujeta a las mismas restricciones a la instalación de tiendas que no integran cadenas, aunque presenten similares características, las que podrían, potencialmente, ocasionar idéntico impacto ambiental o económico, por lo que concluye que tal discriminación no responde a razones objetivas.

Finalmente, la accionante fundamenta su pedido de *inconstitucionalidad* y también realiza una ampliación de demanda planteando la inconstitucionalidad del decreto 1363/03.

En esta causa interviene en el carácter de tercero ADELCO-Asociación del Consumidor.

La Provincia de Buenos Aires, en el carácter demandada, contesta la demanda y pide su rechazo. Esgrime que a partir de mediados de 2003, se otorgaron veintinueve (29) habilitaciones para la

de ocurrir a las instancias competentes para poner a su consideración otras circunstancias que reputen violatorias de sus derechos y libertades económicas, así como solicitar los remedios que estime adecuados para su reparación.

31) Corresponde, entonces, examinar si las demás cuestiones antes señaladas (números I y III), que sí versan exclusivamente sobre el derecho federal, tienen el nivel de concreción o madurez necesario para conformar un caso o causa contenciosa, condición indispensable para habilitar la jurisdicción de los tribunales nacionales (artículo 116 de la Constitución Nacional y artículo 21 de la ley 27), o si en cambio, se trata de un planteo puramente general o abstracto, asimilable al pedido de una opinión consultiva o a la de una demanda de derogación genérica de la ley. El criterio útil para distinguir uno y otro tipo de situaciones, se vincula con la mayor o menor conexión entre los intereses o derechos que la parte actora considera afectados y la norma o acto al que ella

atribuye dicho perjuicio, en este caso, la sanción y vigencia de la ley 12.573, con independencia de cualquier acto de aplicación dirigido a DIA Argentina S.A. Debe reconocerse que la entrada en vigencia de la ley provincial, por sí sola, ocasiona una modificación en ciertos intereses de la parte actora. La sanción de la ley, indudablemente, incrementa los costos de ciertas decisiones empresarias (artículo 11, segundo párrafo, que impone a las empresas alcanzadas la carga económica de afrontar estudios de impacto socioeconómico) y, al mismo tiempo, introduce restricciones en el nivel de producción, en este caso de servicios (artículo 41, que limita la cantidad de locales en función de la población). Ambos aspectos necesariamente tienen un efecto actual en la toma de decisiones de las empresas que, como la actora, están alcanzadas por la regulación. Por otra parte, si, como lo ha sostenido la demandante, y no ha sido negado por la demandada, el tipo de actividad comercial que despliega la primera presenta economías a escala, reducciones del

apertura de Supermercados Día en distintos lugares de la provincia, acorde a la citada ley 12.573 y sus normas reglamentarias. Además, entiende que la demanda no cumple con los requisitos del art. 322 del CPCCN ya que las normas resultan claras y no existe ninguna incertidumbre. También controvierte los argumentos de fondo de la demanda.

Abierta la causa a prueba, se producen las mismas. Luego las partes efectúan sus alegatos. A posteriori, la causa se remitió en vista al señor Procurador General de la Nación. Seguidamente, se dictó el decreto de autos y consentido el mismo, se dicta el pronunciamiento judicial que motiva este trabajo.

En nuestro análisis, nos centraremos principalmente en lo referente a la competencia y a la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, en base a sus requisitos propios.

VII. EL CASO Y LAS CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La Corte Suprema –con su composición actual– resuelve el caso de referencia, integrándose la resolución del siguiente modo:

• **Voto de la mayoría** conformada por los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt. E. Raul Zaffaroni

• **Voto disidente** suscripto por Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda.

• **Voto particular** de Carmen M. Argibay.

Seguidamente nos ocuparemos de las diferentes cuestiones de derecho procesal constitucional que aborda la resolución.

- Doctrina del fallo de la mayoría:

Las dos cuestiones que se fijan a resolver son: 1) la competencia de la CSJN y; 2) la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

7.1. La competencia de la CSJN (30)

Esta causa se deduce directamente por ante la CSJN, toda vez que se encuentra demandada la provincia de Buenos Aires.

a) En consecuencia, y acorde el voto de la mayoría, por aplicación de los arts. 116 y 117 de la CN,

.....
(30) Considerando 1º) y 2º) del voto de la Mayoría los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt

costo medio a medida que aumenta el volumen de producción entonces la sola imposibilidad de aumentar la producción se traduce, al menos, en una imposibilidad de disminuir los costos.

En este plano, también resulta relevante para decidir el punto, la precisión con que la ley provincial define el universo de sujetos alcanzados por las restricciones que introduce y el carácter directamente operativo que ellas tienen, todo lo cual hace que los efectos antes mencionados sobre los intereses de la parte actora se produzcan de manera directa y concreta con total independencia de cualquier actividad administrativa de aplicación. En Fallos 331:1412 [2008] se trató una situación análoga que permitió a la Provincia de Entre Ríos impugnar ante esta Corte, de manera directa y sin esperar su invocación en un caso concreto, la ley nacional 25.232, la cual por su sola vigencia introducía una incertidumbre en cuanto a las atribuciones de la provincia para recaudar de los titulares dominiales el impuesto automotor.

Es indudable entonces que la mera entrada en vigor de la ley tiene ya una incidencia sobre los intereses de la parte actora y esto la habilita para proponer el examen por los tribunales de la cuestión federal concerniente al poder que tiene la provincia para dictarla, en el marco del sistema federal organizado por la Constitución Nacional, pese a que, según se dejó establecido en el considerando anterior, no suceda lo mismo con las supuestas violaciones a los derechos individuales por ella invocados. Cabe admitir, entonces, que la parte actora se encuentra legitimada para promover, con el alcance indicado, la presente acción declarativa de certeza. Por consiguiente, corresponde a continuación examinar el argumento I, es decir, si la Provincia de Buenos Aires ha invadido las competencias del Congreso federal.

41) Esta Corte, desde sus primeros tiempos, ha establecido que, en virtud de la reserva hecha por las provincias de todo poder no delegado por la Constitución al gobierno federal, “los actos de la

se determina y fija la competencia originaria de la Corte, de modo tal que actúe como primero y único juez de la causa.

b) A su vez, extraemos del voto de la Ministra Doña Carmen M. Argibay, que también fija la competencia originaria de la CSJN, en esta cuestión *“regida por el derecho federal (Fallos: 10:20 y 134; 306:1363, 1369); ello sin perjuicio del derecho que tiene la actora de ocurrir a las instancias competentes para poner a su consideración otras circunstancias que reputé violatorias de sus derechos y libertades económicas, así como solicitar los remedios que estime adecuados para su reparación”*(31).

c) Asimismo, la doctrina del fallo de la disidencia de los Ministros Dres. Don Enrique Santiago Petracchi y Don Juan Carlos Maqueda resulta coincidente con las anteriores doctrinas ya analizadas en cuanto debe aplicarse los arts. 116 y 117 de la CN y Fallos: 311:810, entre muchos otros), todo de acuerdo al dictamen del Sr. Procurador General(32).

(31) Considerando 2º) del voto de la Ministra Doña Carmen M. Argibay.

(32) Considerando 1º) del voto de los Ministros Dres. Don Enrique Santiago Petracchi y Don Juan Carlos Maqueda.

En nuestra opinión, la regla que se sienta en esta cuestión de competencia originaria de la CSJN guarda directa relación con la aplicación de los arts. 116 y 117 de la CN.

7.2. Admisibilidad y procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad

En lo que concierne a la *admisibilidad y procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad*, el fallo en análisis resulta muy interesante porque en función de los requisitos del “caso” y de la “*legitimación pasiva*” correspondiente, se plantean estas tres variables:

a) El *primer sector* correspondiente al voto de la mayoría, establece que a estos efectos resulta preciso examinar si se han cumplimentado los requisitos previstos en el art. 322 del CPCCN.

En esta línea, sostienen que *“la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un “caso”, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa. En efecto, la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes- al que se atribuye ilegítimi-*

Legislatura de una provincia, no pueden ser invadidos, sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, ó en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las Provincias, ó cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas; fuera de cuyos casos, es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso" (Fallos: 3:131, 136 [1865], "Mendoza, Domingo y otro c/ Provincia de San Luis"; Fallos: 137:212, "Griet"; Fallos: 239:343, "Vargas Hnos.") Quedó así delineado un criterio de tres niveles para examinar la compatibilidad entre normas o actos nacionales y provinciales, a saber: a) la atribución exclusiva de determinada competencia al gobierno central por la Constitución Nacional; b) la prohibición expresa de que ciertas decisiones sean tomadas por los gobiernos provinciales o c) la posible incompatibilidad en el ejercicio de atribuciones que, nominalmente, están dentro de los poderes de estos.

dad y lesión al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379; 310:606; 311:421, entre otros)" (33) (Lo resaltado nos pertenece).

- Se establece como un límite de la jurisdicción –en general- y del control de constitucionalidad en –particular- la existencia de un caso concreto, aún en el marco de la competencia originaria de la Corte. Tal extremo resulta acorde al sistema jurisdiccional difuso adoptado por nuestro país.

- Se determina que, a los fines de configurar el caso, resulta preciso: a) que medie actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea lo suficientemente directo; c) que aquella actividad tenga concreción bastante (Fallos: 307:1379; 325:474; 328:502, 3586, entre otros)(34).

.....

(33) Considerando 2º del voto de la Mayoría los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt.

(34) Considerando 3º del voto de la Mayoría los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt.

51) No es acertado lo afirmado por la demandante en torno a que las disposiciones de la ley provincial 12.573 caen dentro de atribuciones exclusivas del Congreso federal, reseñado antes como argumento [I.a]. Afirmar que una ley provincial ha avanzado sobre facultades exclusivas del Congreso implica clasificar su contenido bajo alguno de los temas que la Constitución le encomienda con exclusión de todo otro cuerpo legislativo. Tal ejercicio dista de ser una reflexión inocua, en la medida que conduce a vedar absolutamente esas cuestiones a las legislaturas provinciales y derribar las leyes que, al respecto, se hubieran dictado; se trata, entonces, de una calificación que debe ser hecha con la máxima cautela que exige el respeto a la autonomía política de las provincias. En el caso, la parte actora ha rotulado el contenido de la ley provincial como "derecho común" y llega a esa conclusión por entender que pretendería "legislar sobre" actividades comerciales tales como las "cadenas de distribución", "franquicias" o "tiendas de des-

- A su vez, en cuanto al análisis de los requisitos del art. 322 del CPCCN, la doctrina de la Mayoría sostiene que la actora:

- NO ha acreditado la existencia de actividad alguna que en forma actual ponga en peligro sus derechos constitucionales o les infiera lesión con concreción suficiente que justifique la actuación del Poder Judicial.

- NO ha acreditado la existencia de algún acto de autoridad competente- o por lo menos de un hecho administrativo que les haya limitado la ejecución de su plan de expansión comercial(35).

- La lesión actual que invoca la actora, NO queda acreditada con la sola invocación de la normativa cuestionada, porque los demandantes no han acompañado ninguna constancia que acredite la obstaculización o frustración que haga a su actividad comercial(36).

.....

(35) Considerando 5º del voto de la Mayoría los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt.

(36) Ibidem.

cuento” y acerca del derecho a la libertad de comercio, todo lo cual está reservado al Congreso por el artículo 75.12 de la Constitución Nacional que le encomienda, entre otros, la sanción del Código de Comercio.

En sentido contrario a lo postulado por la demandante, la circunstancia de que la reglamentación local afecte de alguna manera actividades que, en otros aspectos, están reguladas por normas de derecho común, como el Código de Comercio y la Ley Nacional de Defensa del Consumidor (sobre esta última, Fallos: 324:4349), por sí sola no pone las normas provinciales referidas a la habilitación de locales comerciales en el campo del derecho común y por lo tanto en la exclusiva órbita del Congreso Nacional. Toda actividad económica está alcanzada por una mirada de regulaciones proveniente de diversas autoridades y jurisdicciones, en especial en un estado federal que garantiza, además, la autonomía municipal y, en ese sentido lato, cada uno de los respectivos

ordenamientos “legisla sobre” aspectos diversos de la producción e intercambio de bienes y servicios. Por lo tanto, si es propio de la organización del estado argentino que, según la comprensión indicada, diversas jurisdicciones “legislen sobre” un mismo tipo de actividad, entonces esa sola circunstancia no puede ser un motivo para reputar inconstitucional alguna de ellas.

A la misma conclusión cabe llegar en relación con la Ley Nacional de Defensa de la Competencia la que ni siquiera forma parte del derecho común, sino que se trata de una ley federal (Fallos: 307:2091; 316:2561; 325:1702) dictada en virtud de las atribuciones para reglar el comercio interjurisdiccional (artículo 75.13) y para promover el bienestar de la población (artículo 75.18).

Por lo expuesto, no se trata de una ley que ver-se sobre temas propios de la legislación nacional, sino del poder para dictar normas que reglamentan la habilitación de cierto tipo de locales des-

– El estado de incertidumbre invocado, que plantea la accionante NO queda acreditada con la mera invocación de la normativa cuestionada (37).

La *doctrina del fallo de la Mayoría*, concluye sosteniendo que, a los fines de preservar el principio de división de poderes, el tribunal solo puede actuar frente a la existencia de un “caso” o controversia”. Consecuentemente sostiene:

“El poder conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los artículos 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere en el artículo 21 de la ley 27, es decir, aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Ello excluye, por ende, la posibilidad de admitir pretensiones como la introducida en el sub lite, en tanto la aplicación

de las normas o de los actos de otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se exija el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 325:474; 327:1813; 328:3586)(38)”.

De este modo, expresa que si se admitiese las pretensiones de la actora este Tribunal se excedería en sus funciones, toda vez que NO se dio un “*acto del poder administrador que tenga concreción directa, actual y bastante*” (39).

• Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la presente demanda, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). (Lo resaltado nos pertenece).

En este aspecto, Andrés Gil Dominguez, sostiene que la doctrina de la mayoría perfila: “un

.....

(38) Considerando 8º del voto de la Mayoría los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt.

(39) Considerando 9º del voto de la Mayoría los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt.

.....

(37) Considerando 7º del voto de la Mayoría los Ministros Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt.

tinados al comercio minorista (aspecto sometido a reglamentación por la ley 12.573) y que, por consiguiente, está dentro de las facultades de las provincias para establecer el modo de ejercicio de los derechos individuales en general y, en especial, para regular la práctica del comercio que se lleva a cabo dentro de su territorio (Fallos: 239:343).

61) Más allá de que la ley 12.573 versa sobre cuestiones que están dentro de las atribuciones legislativas retenidas por las provincias, resta analizar la posibilidad de que ese poder se haya ejercitado de una manera que guarde una “repugnancia efectiva” con las leyes nacionales, cuestión que se ha señalado anteriormente como I.b. En tal sentido, la demanda contiene la afirmación de que tal interferencia efectivamente tiene lugar, puesto que la ley provincial constituiría una violación de la Ley Nacional de Defensa de la Competencia 25.156, de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor 24.240 y del decreto 2284/1991 (fs. 220 vta./225 vta.).

nuevo estándar en torno a las características del sujeto pasivo en la ADI(40) (o bien retornó al criterio histórico y tradicional), conforme al cual, solamente se configuraría dicho supuesto si existiera una norma y una actividad concreta de aplicación de la misma en desmedro pleno de los derechos invocados por la parte actora. En otras palabras, aunque exista una norma que viola derechos, hasta tanto ésta no se aplique y genere un daño concreto, la ADI no procede porque no existe un caso y el planteo es hipotético o conjetural. Por ende, nunca procedería contra el sujeto emisor de una norma, a menos que dicho sujeto u otro sujeto distinto la apliquen directamente”(41).

En nuestra opinión, advertimos que imponerle al sujeto activo y futuro actor que deba efectuar un pedido previo a la autoridad administrativa a los fines de obtener la habilitación formal para

(40) ADI, es una sigla que significa Acción declarativa de Inconstitucionalidad.

(41) GIL DOMINGUEZ, Andrés, “El sujeto pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad”, fallo comentado: CSJN, 2010,06-15, “*Día Argentina S.A. y otra c/ Provincia de Buenos Aires*”, La Ley, 11-02-2011,4.

Al respecto, es oportuno señalar que los criterios que esta Corte sentó en el precedente “Mendoza” para examinar la compatibilidad entre leyes nacionales y provinciales, fue recordada y desarrollada años más tarde en el precedente “Griet” (Fallos: 137:212), de 1922. El fallo estuvo relacionado con la impugnación de un impuesto provincial por interferir con la política proteccionista de la producción azucarera aprobada por el Congreso Nacional y, luego de aclarar que la mera disparidad no implica antagonismo en la aplicación de ambos preceptos, señaló que la incompatibilidad de ejercicio entre los dos poderes, el nacional y el provincial, exige que “haya una repugnancia efectiva entre esas facultades al ejercitarse, en cuyo caso siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema” (Fallos: 137:212, 239). Con base en esta inteligencia, el Tribunal advirtió que el examen que debía llevarse a cabo planteaba más bien cuestiones de hecho, que de interpre-

entablar judicialmente la acción declarativa de inconstitucionalidad termina implicando un obstáculo más que afecta seriamente a la garantía de la tutela judicial efectiva.

b) El *segundo sector*, se corresponde con el voto particular de la Ministra Doña Carmen M. Argibay, si bien suma su voto al de la Mayoría, en este punto, efectúa un planteo que tiene alcance de disidencia.

• En este voto se formula una distinción interesante en cuanto si en la demanda: 1) *Se cuestiona con un planteo general* a la citada ley provincial 12.573, porque la misma recae sobre una materia que les está vedada a las legislaturas provinciales, siendo competencia exclusiva del Congreso Nacional el dictado del Código de Comercio, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 C.N. E inclusive para el supuesto que se entienda que se trata de una facultad concurrente de la nación y de las provincias, en este caso, la provincia de Buenos Aires ha legislado de modo tal que entra en colisión con el Código de Comercio, Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Defensa del Consumidor y decreto de desregulación 2284/1991. 2) *Se cuestiona con especificidad* a

tación legal (idem, p. 240) y, por último, que correspondía a la parte actora la carga de probar “el punto fundamental de su demanda, esto es, que el gravamen impositivo de la ley local vulnera el régimen proteccionista creado por la ley [nacional] 8877” (idem, p. 241). Pasó luego, el Tribunal, a una evaluación sumamente rigurosa de la prueba aportada por la demanda y concluyó que no había demostración alguna de la alegada afectación de la producción protegida por la ley nacional.

Esta regla fue utilizada para respaldar una ley de la Provincia de Mendoza, regulatoria del comercio que se desarrollaba dentro de su territorio, en el caso “Vargas Hnos.” (Fallos: 239:343 [1957]), que se afilió a la línea jurisprudencial de “Mendoza” y “Griet”.

En línea con estas pautas sentadas por la Corte al fallar “Griet”, la parte actora debió haber descripto con precisión el conflicto que según ella se verifica entre la ley 12.573 y las normas naciona-

les y, si fuese un conflicto de hecho, probar que, en la práctica, la aplicación de la ley provincial provoca un severo entorpecimiento de las políticas nacionales, de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia del derecho federal. Nada de eso ha sucedido en autos.

61.a) En el marco del principio federal bajo el cual se organiza el Estado argentino y se distribuye el poder de gobernar, el ejercicio de atribuciones propias por parte de una legislatura provincial sólo puede ser tratado como la violación de una ley del Congreso, si de ésta se desprendiese el expreso propósito de limitar el ejercicio de los poderes provinciales, así como el alcance de dicha restricción. Según se explica a continuación, nada semejante se desprende de la legislación nacional en que se funda la demanda. Dice la actora que la ley provincial funcionaría como una barrera para la entrada de nuevos par-

la referida ley provincial esgrimiendo que se configura un caso contencioso, toda vez que importa una “restricción irrazonable y discriminatoria de sus derechos a comerciar y ejercer industria lícita reconocidos en los arts. 14, 16 y 17 de la CN”. A lo cual lo hace también abarcativo del desconocimiento de las reglas convenidas entre Argentina y España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, ratificada por la ley 24.118 al obstaculizar de “manera injustificada y arbitraria el desarrollo de las inversiones de la actora, cuyo capital sería de origen español” (42).

• En lo que concierne al requisito del “caso” sostiene que la mera entrada en vigor de la ley presenta ya una incidencia sobre los intereses de la parte actora y esto la habilita para proponer el examen por los tribunales de la cuestión federal concerniente al poder que tiene la provincia para dictarla, en el marco del sistema federal organizado por la Constitución Nacional, pese a que, según se dejó establecido en el considerando anterior, no suceda lo mismo con las supuestas

violaciones a los derechos individuales por ella invocados (43).

• Consecuentemente, se entiende que la accionante se encuentra *legitimada* para promover, con el alcance indicado, la presente acción declarativa de certeza(44).

• Por último, en lo atinente a la procedencia de esta acción declarativa de inconstitucionalidad en este voto de la Ministra Dra. Carmen M. Argibay sostiene que:

“En línea con estas pautas sentadas por la Corte al fallar “Griet”, la parte actora debió haber descripto con precisión el conflicto que según ella se verifica entre la ley 12.573 y las normas nacionales y, si fuese un conflicto de hecho, probar que, en la práctica, la aplicación de la ley provincial provoca un severo entorpecimiento de las políticas nacionales, de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte

(42) Considerando 1º del voto de la Ministra Doña Carmen M. Argibay.

(43) Considerando 3º del voto de la Ministra Doña Carmen M. Argibay.

(44) Ibidem.

ticipantes en el mercado, lo cual violaría la Ley de Defensa de la Competencia y también que de esa manera perjudicaría la mejora en los precios y calidades de los productos, aspecto que violaría la Ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo, el argumento no es acertado. Las barreras de entrada al mercado y su efecto sobre los precios son elementos tomados en cuenta por las leyes nacionales para detectar prácticas de los participantes en el mercado, oferentes o demandante de bienes y servicios, privados o estatales, pero no para contrarrestar las medidas que toma el gobierno en su condición de regulador de las actividades económicas.

Esto se ve corroborado por el texto del artículo 11 de la Ley Nacional de Defensa de la Competencia que restringe su alcance a los actos “relacionados con la producción y el intercambio”, no a los actos de gobierno, como lo son las leyes. En el mismo sentido, el artículo 31 dispone que se encuentran sometidas a la ley “las personas

físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional”. Resulta sumamente forzado entender que la actividad legislativa del Estado pueda estar comprendida dentro de las “actividades económicas” a que se refiere la ley.

61.b) Más allá del déficit señalado en que incurrió la parte actora a la hora de describir el conflicto entre las leyes nacionales y la vigente en la Provincia de Buenos Aires, tampoco ha probado que, en los hechos, la aplicación de la segunda se traduzca inevitablemente en una repugnancia efectiva con la ejecución de las políticas emprendidas por el gobierno federal.

En lo concerniente a la defensa de la competencia, cuadra señalar que la ley provincial no

sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia del derecho federal. Nada de eso ha sucedido en autos” (45).

Además, y con respecto a las posibles transgresiones de compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, entiende que los mismos no deben atenderse por cuanto:

“...debe responderse que la ley provincial no distingue entre empresas de capital nacional y extranjero, lo cual, en el plano de su contenido explícito, resta todo sostén a las acusaciones de discriminación u obstaculización injustificada, fundadas en el artículo III del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Por otra parte, este instrumento no da derechos diferenciales, ni inmunidades a favor de las inversiones españolas en relación con las leyes generales dictadas por el Congreso federal y por las legislaturas provinciales. En todo caso, constituye una barrera contra decisiones

que seleccionen esos sujetos para otorgarles un trato más perjudicial que el recibido por la generalidad, pero una cláusula antidiscriminatoria como la contenida en el referido Acuerdo no se traduce automáticamente en una cláusula de preferencia o privilegio” (46).

- Por todo lo expuesto, se rechaza la demanda, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Lo resaltado nos pertenece).

c) El tercer sector se plasma en el voto disidente suscripto por los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda y responde a modo de punto de partida, en la doctrina clásica de la Corte a la cual alude el primer sector precedentemente desarrollado.

- En lo que concierne a la acreditación del “caso”, se lo tiene por acreditado en forma útil y necesaria. En efecto, en el voto de Disidencia se sostiene:

(45) Considerando 5º) del voto de la Ministra Doña Carmen M. Argibay.

(46) Considerando 7º) del voto de la Ministra Doña Carmen M. Argibay.

apunta a eliminar competidores o incrementar el poder de mercado de algunos participantes, sino, por el contrario, a evitar que la provisión minorista de bienes quede concentrada en pocos locales de la clase que explota la firma actora. Es cierto que la concentración económica y el aumento de poder de mercado no son siempre condenados por la política nacional de defensa de la competencia; en especial no es así cuando la concentración se traduce en un aumento de eficiencia productiva que compensa la pérdida de ella por mayor poder de mercado y, por lo tanto, no se traduce en aumento de precios. Sin embargo, más allá de las declaraciones contenidas en el escrito, la parte actora no ha demostrado que se encuentra en condiciones de sostener el nivel de precios una vez desaparecida la competencia de los pequeños comerciantes, mucho menos que su predominio se traduzca en efectivas ganancias de eficiencia y no en una mera traslación de costos hacia los proveedores o el salario de los trabajadores gracias a su mayor poder de negociación

(“Lineamientos para el control de las concentraciones económicas” resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, Capítulo VI. b).

Una respuesta similar corresponde dar a la idea sugerida en la demanda de que la ley provincial vendría a interferir con el régimen de defensa del consumidor “en la medida que tiende a restringir la oferta, privando a los consumidores del beneficioso efecto que sobre los precios y la calidad tiene la vigencia de un régimen de garantía de la sana competencia” (fs. 223/224).

Esta consideración, por sí sola, no se hace cargo de que la ley provincial establece específicamente como uno de los elementos de juicio que deben ser tomados en cuenta, el interés del consumidor y así lo exige el informe de impacto socioeconómico (artículo 10, apartado B, de la ley 12.573.) Pero, además de su carácter hipotético, el argumento del efecto sobre los precios apela a un

“3°) Que dichos requisitos se encuentran acreditados en el presente caso porque la actora demostró la existencia de actividad de la Provincia de Buenos Aires que, con suficiente grado de concreción, limita en forma directa los derechos que invoca como fundamento de su demanda.

En efecto, en el expediente está acreditado que para obtener la habilitación de sus locales, la provincia le exigió a la actora la concurrencia de los requisitos impugnados en esta acción judicial, lo que incluye -entre otros recaudos- la evaluación de impacto socioeconómico y ambiental y el dictamen de la Comisión Asesora previsto en el artículo 12 de la ley 12.573 y de su decreto reglamentario 2372/01 (ver fs. 146/193, 351/352 y 377/379 del expediente. Ver, en particular, fs. 378/379 donde consta un dictamen no favorable respecto de la instalación de un supermercado de Día Argentina en la localidad de Pergamino). Asimismo, cabe resaltar que a fs.129/144 la actora acompañó quince facturas -cuyos montos oscilan entre 6.200 y 19.500 pesos- emitidas por la Universidad Nacional de San Martín, por la realización

de los estudios de medición de impacto socioeconómico exigidos por la ley 12.573” (47) (Lo resaltado nos pertenece).

• En cuanto al “interés actual de la accionante” se lo tiene por debidamente acreditado con la sola invocación de la normativa cuestionada, y sin necesidad de tener que probar que se le denegó un certificado que le provoca una lesión actual. Ello, surge con toda claridad al expresar que:

“En este punto, parece necesario aclarar que, para demostrar su interés actual y concreto en esta acción, la actora no necesita acreditar que se le haya denegado algún certificado de factibilidad, tal como parece sugerirlo la provincia. En efecto, si se le otorgaron los certificados de factibilidad fue porque, hasta el momento, la actora cumplió con los requisitos que legalmente se le exigieron. Pero la finalidad de esta acción es, precisamente, que la empresa pueda obtener la habilitación de sus locales sin tener que cumplir con

.....
(47) Considerando 3°) del voto de los Ministros Dres. Don Enrique Santiago Petracchi y Don Juan Carlos Maqueda.

criterio excesivamente amplio. Todas las acciones del gobierno (legislativas, judiciales o administrativas) podrían ser examinadas en función de su impacto sobre el nivel de precios, puesto que influirán directa o indirectamente sobre el gasto público y privado, pero, como es obvio, ese criterio no es el que la Constitución y las leyes designan como relevante y mucho menos decisivo para la toma de las decisiones públicas en todo el variadísimo espectro de las incumbencias gubernamentales. Por lo tanto, si una gran parte de las acciones de gobierno deben ser emprendidas con independencia de su efecto sobre el nivel de precios, un criterio fundado en este dato no tiene, por sí solo, precisión suficiente para distinguir cuáles de ellas son válidas y cuáles no.

Por lo demás, ningún otro señalamiento ha propuesto la actora sobre el modo en que la ley provincial vendría a perjudicar los mecanismos creados por la Ley de Defensa del Consumidor en cada uno de sus capítulos con el fin de pro-

teger el interés de éste último en la relación de consumo, a saber: acceso a la información (capítulo II); condiciones en que debe llevarse a cabo la oferta y la venta (capítulo III); garantías y servicios posteriores a la venta (capítulo IV); condiciones en que deben llevarse a cabo la contratación y prestación de servicios en general (capítulo V), domiciliarios (capítulo VI); requisitos para las ventas fuera del establecimiento o por correspondencia (capítulo VII) o las operaciones a crédito (capítulo VIII) o las pautas a que debe atenerse la interpretación de cláusulas contractuales (capítulo IX).

61.c) En tercer lugar, la parte actora ha recurrido al artículo 11 del decreto 2284/1991, como apoyo para su argumento de que el gobierno nacional mantiene una política de desregulación económica que se vería entorpecida por las disposiciones de la ley provincial, especialmente en cuanto establece un máximo de grandes establecimientos o de tiendas de descuento por ciudad.

esos recaudos, que tilda de inconstitucionales e irrazonables” (48).

- Es de hacer notar que en este voto de disidencia se sostiene que NO resulta necesario para la habilitación formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad, que el sujeto activo deba llevar a cabo una petición previa ante la administración.

- En este aspecto, Andrés Gil Domínguez pone el acento que en este caso en examen, se debaten cuestiones patrimoniales de los derechos fundamentales. Por ende, implica todo un desafío ver si la óptica de la Corte no podría llegar a variar si la cuestión se suscita respecto de derechos fundamentales no patrimoniales (49).

- Asimismo, Maximiliano Toricelli, sostiene que en cuanto “al requisito de incertidumbre de la acción mere declarativa lo es de inconstitucionalidad, la incertidumbre surge en si la decisión

adoptada –clara y contundente, como lo ha sido en el caso- es acorde o no a los preceptos de la Carta magna. Esto es lo que configura la situación de incertidumbre que requiere el art. 322 del C.P.C. Lo que el actor pide no es que se aclare de qué sanción se trata, cuántos días durará la suspensión, o quién tendrá a su cargo la aplicación, sino que quiere saber si esa amenaza de sanción (dado que todavía no se había concretado, por lo menos en su totalidad) era acorde o no a la Constitución. Y en ello radica la incertidumbre que exige el art. 322 del C.P.C. cuando el mismo se aplica como proceso constitucional. Este proceso tiene su propia lógica y no puede asimilárselo a un proceso común ni verse bajo su óptica. Además, en estos procesos, el estado de incertidumbre se genera entre el momento que se dicta el acto considerado inconstitucional –antes de ello no hay “causa” o “caso” judicial, dado que no puede haber controversia alguna sino meras especulaciones- y el momento en que el mismo comienza a cumplirse –donde la incertidumbre se torna lesión-” (50)

(48) Ibidem.

(49) GIL DOMINGUEZ, Andrés, “El sujeto pasivo...ob. cit., p. 4.

(50) TORICELLI, Maximiliano, La acción de inconstitucionalidad en Argentina. Un camino con luces, nota 15 en sitio virtual <http://www.profesorjimenez.com.ar/>

Y esta vez, a diferencia de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Defensa del Consumidor, se trata sí de un programa que tiene como objetivo disminuir la cantidad de regulaciones que traban el comercio de bienes y servicios; está compuesto por un conjunto de normas que dejan sin efecto o modifican sustancialmente regímenes nacionales que, hacia 1991, establecían regulaciones sobre determinadas actividades económicas. La única norma general es la contenida en su artículo 11, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 11 - Déjanse sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios en todo el territorio nacional, las limitaciones a la información de los consumidores o usuarios de servicios sobre precios, calidades técnicas o comerciales y otros aspectos relevantes relativos a bienes o servicios que se comercialicen, y todas las otras restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y de la demanda. "Quedan excluidas del alcance del presente artículo únicamente aquellas activida-

des que, a juicio de la autoridad de aplicación, se vinculen directamente con la defensa nacional, la seguridad interior o la provisión de servicios públicos que constituyan monopolios naturales o jurídicos, regulados estos últimos por leyes específicas".

De acuerdo con el argumento presentado por la demandante, la ley dictada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en el año 2003 entraría en conflicto con esta disposición que "opera ex post como derogación y ex ante como prohibición" (fs. 224).

Sin embargo, una interpretación semejante del decreto 2284 es completamente incompatible con la amplitud de las atribuciones que las legislaturas provinciales se reservaron para promover el bienestar de sus poblaciones y con la consiguiente proscripción de cualquier interpretación extensiva de aquellas normas que introduzcan límites a dicho poder provincial. El

• En lo atinente a la procedencia de esta acción declarativa de inconstitucionalidad, en el voto de Disidencia se da una motivación suficiente y muy completa en base a la cual se decide:

• Hacer lugar a la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 11, 21, 41, 91, 10, 11, 12 y concordantes, de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires, así como de sus normas reglamentarias y complementarias. Costas por su orden, teniendo en cuenta que las dificultades jurídicas del tema pudo hacer que la vencida se considerase con derecho a sostener su posición (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)

VIII. CONCLUSIONES

A título personal y a modo de opinión formulamos los siguientes corolarios:

1) En el ámbito nacional, la acción declarativa de inconstitucionalidad NO se encuentra regu-

.....

cdroms/7jornadasderproceconst1220803/exposiciones/Toricelli.pdf (consulta 29-09-2013).

lada en forma expresa en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454 y sus modificatorias y complementarias, que entró a regir en 1968. Ni tampoco lo está en la reciente Ley 26853/2013.

2) La acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito nacional debe regularse legislativamente a los fines de receptor su carácter público y en ese marco atender al "caso" y la "legitimación" activa respecto del sujeto activo afectado y, la necesidad de que con toda claridad se perfile bien la legitimación del sujeto pasivo, cuando se trate del estado nacional.

IX. BIBLIOGRAFÍA

• BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

• BAZAN, Víctor, "Reflexiones sobre la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino", en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 8, N° 2 ISSN 0717-2877, Universidad Editorial de Talca, Talca, Chile, 2002.

principio federal, cabe reiterar, exige que toda decisión del gobierno federal (sea del Congreso y más aún si proviene del Presidente), que tenga por fin excluir alguna materia que, de acuerdo con la Constitución Nacional, ha sido reservada por las provincias para su propia legislación debe resultar de una disposición expresa y clara y su aplicación no puede extenderse a otros supuestos no mencionados.

Pero la pretendida prohibición prospectiva no sólo está ausente del texto expreso de la norma, sino que también resulta refutada por la falta de precisiones que permitan detectar cuáles serían las regulaciones que en lo sucesivo quedarían prohibidas y por los términos en que fueron redactados los fundamentos que preceden a la parte resolutive del decreto. Sobre la indefinición señalada en primer término, debe recordarse que la administración nacional se vio en la necesidad de dictar una serie de disposiciones declarando que determinadas regulaciones se encontraban

[o no] alcanzadas por el artículo 11 del decreto 2284, lo que es revelador de la vaguedad con que está escrito dicho precepto (decretos 1143/1996, artículo 11, y 240/1999, artículos 11 y 21 y resoluciones del Ministerio de Economía 102/1995, artículo 11; 618/1997, artículo 11; 1221/1997, artículo 11 y 416/1999, artículo 11). Además, entre las consideraciones que se hicieron como fundamento del decreto 2284, pueden encontrarse repetidas alusiones a las medidas que, respecto de las regulaciones entonces vigentes, era preciso tomar para enfrentar la crisis que por entonces atravesaba el país, lo cual pone en contexto el alcance circunscripto que ellas tenían. Esta apreciación queda corroborada en los siguientes pasajes que vale la pena reproducir literalmente:

“Que en tal sentido el Gobierno Nacional busca, a través de las medidas adoptadas por el presente Decreto, atenuar los efectos de la situación de emergencia sobre las categorías sociales más desfavorecidas, profundizando la libertad de merca-

• GARCIBELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá (Colombia), 2001.

• GIL DOMINGUEZ, Andrés, “El sujeto pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad”, fallo comentado: CSJN, 2010,06-15, Día Argentina S.A. y otra c/ Provincia de Buenos Aires, La Ley, 11-02-2011,4.

• GOZAINI, Osvaldo A., “La acción de inconstitucionalidad”, en XXVº Congreso Nacional de Derecho Procesal-Hacia el Bicentenario. Por una justicia transparente en el sistema republicano, 11 al 13 de noviembre de 2009, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, Facultad de Derecho, UBA., Asociación Argentina de Derecho Procesal, Talleres Gráficos de Imprenta Lux S.A., Santa Fe, 9 de noviembre de 2009.

• HARO, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, 2da. edición, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2008.

• HARO, Ricardo, “La Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, disponible en: www.acaderc.org.ar/doctrina [consulta: 10/07/2013].

• MADOZZO, Luis Ramón, “El control de constitucionalidad-Sub tema: En el orden local”, en 1ª Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil-Homenaje a Augusto Mario Morello, J.A., Bs. As., 20-05-1987, N° 5516.

• QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, Conclusiones, del II Congreso Nacional 1948, Revista de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 12 de agosto de 1999.

• RIVAS, Adolfo A., “El control de constitucionalidad”, en 1ª Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil-Homenaje a Augusto Mario Morello, J.A., Bs. As., 20-05-1987.

• RIVERA SANTIVANÉZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, publicación de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Kipus, Cochabamba – Bolivia, 2001.

• ROBLEDO, Federico J., Acción declarativa de inconstitucionalidad”, en III Jornadas Argentina-Chilena de Derecho Constitucional, en Boletín

dos con el objeto de afianzar la estabilización de los precios y provocar la disminución de aquéllos artificialmente elevados por efecto de regulaciones o monopolios legales que provocan falta de competencia y de transparencia en muchos mercados.”

[...]

Que resulta imprescindible advertir que la estabilidad y crecimiento que se hicieron más perceptibles a partir de la sanción de la Ley N^o 23.928, imponen con urgencia la necesidad de eliminar mediante una norma de sanción única y aplicación simultánea, las regulaciones que hoy pierden virtualidad económica e impiden una fluida circulación de bienes y servicios. Que muchas de las regulaciones hoy vigentes fueron sancionadas mediante decretos-leyes, emitidos durante los períodos en que la República tuvo gobiernos de facto, y en todos los casos se trata de restricciones más o menos rigurosas al ejercicio por parte de los habitantes de la Nación de sus libertades económicas. Que los logros obtenidos en el campo económico deben consolidarse mediante la eliminación de la mayor cantidad de restricciones hoy existentes.

Que si bien en algunos casos dichas restricciones fueron impuestas por normas cuyo dictado corresponde al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN (aunque en la mayoría esas competencias eran ejercidas por Ejecutivos de facto), el Poder Ejecutivo, está legitimado para removerlas cuando, como ocurre actualmente, su mantenimiento afecta la más pronta superación de la situación de emergencia, declarada por las Leyes N^o 23.696 y 23.697”. [Énfasis añadidos]. Por lo tanto, sea por virtud del texto de su parte dispositiva, sea en atención a sus fundamentaciones, es preciso concluir que el decreto 2284/1991 tuvo por objeto la derogación de regulaciones vigentes al momento de su dictado (como herramienta contra la situación de emergencia entonces imperante) y que no estableció nada semejante a una prohibición general dirigida a las legisla-

2. CSJN, Fallos: 33:162, “Municipalidad de la Capital c. de Elortondo, Isabel A.”, 14/04/1888.

3. CSJN, Fallos: 112:384, “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro”, 02/12/1909.

4. Fallos: 184:237, “Storani de Boidanich, Victoria y otros c. Ansaldi, Imperial y Bovio”, 26/06/1939.

5. CSJN, Fallos: 243:176.

6. CSJN, Fallos: 256:104.

7. CSJN, Fallos: 307:1379, “Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/ o YPF”, 20/08/1985.

8. CSJN, Fallos: “Gómez S.A. c/ Provincia de Córdoba” del 3-02-1987, “Lorenzo c/ Estado Nacional” del 12.12.1985, “Klein Guillermo Walter”, 29/08/1986, La Ley 1987-A-496; “Doctrina Judicial 1988-I-138, La Ley 1987-D-341.

9. CSJN, Fallos: 332:111, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dt. 1563/04”, 24/02/2009.

Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XVI^o N^o 172, agosto 2000.

• ROBLEDO, Federico J., *El sistema federal argentino*, en “Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional: Reforma y Procesos Constitucionales”, Año XII, N^o 7, Huancayo (Perú), 2005, p. 155.

• SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso Extraordinario*, Ed. Depalma, T^o 1, Buenos Aires, 1984.

• VARELA, Cecilia L., “El control de constitucionalidad”, en *1^a Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil-Homenaje a Augusto Mario Morello*, J.A., Bs. As., 20-05-1987, N^o 5516.

• TORICELLI, Maximiliano, La acción de inconstitucionalidad en Argentina. Un camino con luces, nota 15 en sitio virtual <http://www.profesorjimenez.com.ar/cdroms/7jornadasderproceconst21220803/exposiciones/Toricelli.pdf> (consulta 29-09-2013).

Jurisprudencia

1. CSJN, Fallos: 32:120, “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación”, 22/09/1887.

Otros

• CSJN, Acordada 23/2013 de fecha 14/08/2013. ●

turas provinciales a fin de impedirles dictar leyes relacionadas con las actividades comerciales que tienen lugar dentro del propio territorio.

71) Por último, en relación con la posible trasgresión de compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, debe responderse que la ley provincial no distingue entre empresas de capital nacional y extranjero, lo cual, en el plano de su contenido explícito, resta todo sostén a las acusaciones de discriminación u obstaculización injustificada, fundadas en el artículo III del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Por otra parte, este instrumento no da derechos diferenciales, ni inmunidades a favor de las inversiones españolas en relación con las leyes generales dictadas por el Congreso federal y por las legislaturas provinciales. En todo caso, constituye una barrera contra decisiones que seleccionen esos sujetos para otorgarles un trato más perjudicial que el recibido por la generalidad, pero una cláusula antidiscriminatoria como la contenida en el referido Acuerdo no se traduce automáticamente en una cláusula de preferencia o privilegio. Por todo lo expuesto, se rechaza la demanda. Con costas. (artículo 68 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General de la Nación.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Resulta:

I) A fs. 194/228 Día Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentos S.A. (Sociedad Española) promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley local 12.573, su decreto reglamentario 2372/2001, y sus normas concordantes y complementarias, lo que incluye el decreto 124/2003. La actora alega que la provincia excedió los límites constitucionales de su competencia en violación a lo establecido por los artículos 31, 42, 75, incisos 12, 18 y 19, y 126 de la Constitución Nacional. Señala que las normas impugnadas también conculcan los derechos constitucionales de libertad de comercio

(artículo 14), igualdad (artículo 16) y propiedad (artículo 17), así como los derechos adquiridos por la actora al amparo de los tratados y acuerdos celebrados entre la República Argentina y el Reino de España (aprobados por las leyes nacionales 23.670, 24.739 y 24.118).

Manifiesta que Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. es una empresa española dedicada hace 37 años a la explotación en el mercado europeo del negocio del Supermercado Barrial de Precios Bajos, también llamado Tienda de Descuento. Relata que este formato fue desarrollado en la Argentina por Día Argentina S.A., cuyo principal accionista es Día España y que, a su vez, ambas sociedades forman parte del grupo económico Promodes-Carrefour. Explica que el formato comercial de Tiendas de Descuento consiste en ofrecer un lugar de compras de proximidad (clientes que van a comprar a pie y que compran todos los días) y bajos precios, en locales cuyas superficies oscilan entre 250 y 400 metros cuadrados (como un autoservicio). Señala que la empresa elige para su localización centros comerciales consolidados y centros barriales próximos a núcleos habitacionales importantes, así como barrios de clase media y clase media baja, lo que le permite ingresar en zonas en las que los supermercados no han podido acceder. Asimismo explica que para lograr bajos precios (mejoras de más del 20% con relación a otros comercios), la empresa concentra el poder de compra en un número limitado de marcas y productos.

Destaca que, en este contexto, Día España ha realizado inversiones del orden de los ciento veinticinco millones quinientos mil dólares (U\$ 125.500.000) y que, entre los años 1997 y 2001, se abrieron 233 locales en la Argentina. Aduce que a la fecha de su instalación en el país, la legislación favorecía las inversiones extranjeras, por lo que la empresa realizó un ambicioso plan de expansión.

Afirma que debido a la presión ejercida por las cámaras representantes del comercio minorista a nivel provincial la Provincia de Buenos Aires dictó la ley 12.573 que, según alega, establece límites inconstitucionales al derecho de ejercer industria lícita de los "grandes establecimientos comerciales" y las "cadenas de distribución". Ex-

plica que, a partir del dictado de esta ley y sus normas reglamentarias, su empresa no podrá abrir más que un número limitado de tiendas, por ser éstas consideradas “cadenas de distribución”. Detalla que su empresa sólo podrá instalar un local en poblaciones de hasta 150 mil habitantes, dos locales en poblaciones de hasta 300 mil habitantes, y tres locales en poblaciones de más de 300 mil habitantes. Agrega que, además, se le imponen otras restricciones que también considera irrazonables, tales como la exigencia de un estudio de impacto socioeconómico y ambiental a cargo de una Universidad Nacional, cuyo costo está a cargo del peticionante. Afirma que estas restricciones alteran en forma sustancial las condiciones en las que la empresa diseñó su plan de expansión en la Argentina. Señala que, dentro de su plan de expansión estratégica, la Provincia de Buenos Aires ocupa un lugar privilegiado debido a sus condiciones geográficas y demográficas. Explica que el negocio no llegó a alcanzar su “masa crítica”, esto es, el volumen mínimo indispensable para que las inversiones realizadas permitieran (en razón de los bajos precios) una rentabilidad “de escala”, es decir, asociada a la venta de grandes volúmenes de mercadería. Concluye que las normas impugnadas impiden llevar a cabo su plan de expansión original, y esto pone en peligro su existencia como empresa rentable. Detalla los diversos perjuicios que las normas le ocasionan, entre los cuales resalta la inversión efectuada en el área de expansión, el despido de personal, la dificultad para suscribir contratos de locación para instalar sus locales debido a la eventualidad de no obtener el certificado de habilitación provincial, y la afectación del valor de mercado de la empresa. Finalmente, destaca que el dictado del decreto 124/03 agravó los perjuicios a la empresa en tanto dispuso la suspensión (por el término de 180 días) de la excepción que la ley 12.573 otorgaba a las franquicias de cadenas de descuento y, con ello, le cerró la única vía por la que la actora podía seguir adelante con su plan de expansión en la provincia.

Aduce que la ley ha excedido los límites constitucionales de su competencia porque, por un lado, regula cuestiones de derecho común (relativas a figuras atípicas del comercio, como son las cadenas de distribución y las franquicias), que corresponden a la Nación en razón de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Cons-

titución, y, por otra parte, legisla sobre asuntos relativos a la protección de los consumidores, sus intereses económicos, su libertad de elección y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, que son cuestiones expresamente reservadas al Congreso, conforme lo previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de lo expuesto, alega que la legislación provincial interfiere con los fines perseguidos por el Estado Nacional en las leyes 24.240 y 25.156, de defensa del consumidor y de defensa de la competencia, ambas de naturaleza federal. Explica que, además de perjudicar a las empresas como la de la actora, las normas que impugna afectan el interés económico general y los derechos de los consumidores, que se ven privados de los beneficios que la libre competencia aporta en cuanto a calidad y precios. También sostiene que el régimen impugnado importa una abierta violación de los compromisos asumidos por la Provincia de Buenos Aires al ratificar, mediante la ley local 11.463, el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento que, por tratarse de un convenio entre la Nación y las provincias, no puede ser derogado unilateralmente por el dictado de una ley local posterior. Concretamente, explica que en el Pacto la provincia se obligó, entre otros compromisos, a “dejar sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios y las intervenciones en diversos mercados, en particular: adhiriendo al decreto 2284/91 en lo que resulte de aplicación provincial... y liberando el sector comercial (libre instalación de farmacias, derogación del monopolio de mercados mayoristas, horarios comerciales, etc)” (punto primero, apartado 10). Asimismo, considera que la regulación en cuestión afecta los derechos de Día España S.A., principal accionista de Día Argentina S.A., amparados por las disposiciones del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre la Argentina y el Reino de España (ratificado por ley 24.118). Concretamente, entiende que se ha violado el artículo 2° del Acuerdo, en cuanto dispone que los firmantes promoverán, en la medida de lo posible y de conformidad con sus disposiciones legales, las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra parte; así como el artículo 3°, inciso 11, en tanto garantiza que cada parte protegerá en su territorio las inversiones

efectuadas por la otra parte “y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones”. Finalmente, la actora ataca la legislación provincial por irrazonable y violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley. Por un lado, sostiene que importa una reglamentación desproporcionada del derecho constitucional de ejercer toda industria lícita. Considera que la finalidad de beneficiar a un sector minoritario de la economía local no justifica la magnitud de las restricciones ni las consecuencias negativas sobre el interés económico general y los derechos de los consumidores. Destaca que el hecho de que la actora no podrá instalar más de tres locales en La Plata, La Matanza, Lomas de Zamora y Mar del Plata demuestran que la limitación es manifiestamente irrazonable y pretende beneficiar al comercio ya instalado, mediante la creación de un mercado cautivo artificial. Alega que, por otra parte, las disposiciones que regulan el estudio de impacto socioeconómico y ambiental están diseñadas como una especie de “prueba diabólica” que hace muy dificultosa la obtención del certificado de factibilidad, en especial, si se tiene en cuenta que en el trámite se debe dar intervención a organismos integrados por representantes de los comerciantes locales ya instalados, beneficiarios en última instancia de la ley impugnada. Por otra parte, aduce que la norma resulta discriminatoria ya que sujeta a su empresa (que sólo instala locales de un máximo de 400 metros cuadrados) a las mismas restricciones que a las grandes superficies comerciales, sólo por el hecho de pertenecer a un grupo económico o cadena. Señala, por ejemplo, que en ciudades como Olavarría o San Nicolás (de hasta 150.000 habitantes) la actora sólo podrá abrir un local, pero cualquier otro comerciante que no pertenezca a una cadena podrá instalar locales de similares características a los que pretende instalar la actora, sin límite numérico alguno y sin siquiera solicitar un certificado de factibilidad provincial. Entiende que esta desigual regulación no obedece a ninguna causal objetiva y, por ende, resulta arbitraria e inconstitucional.

Sobre la base de lo expuesto, la actora solicita que se declare la inconstitucionalidad de las normas que impugna y pide que se cite, en calidad

de terceros, a las asociaciones de consumidores ADECUA y ADELCO.

II) A fs. 247/261 vta. la actora amplía demanda con el objeto de que se declare también la inconstitucionalidad del decreto 1363/03, por el cual se dispuso la supresión del número 111 del listado del Anexo II, así como el artículo 6° del Anexo I, ambos del decreto 2371/01, reglamentario de la ley 12.573. Señala que las disposiciones suprimidas, cuya suspensión por 180 días había sido dispuesta por el decreto 124/03, establecían las únicas excepciones al régimen de la ley 12.573 que permitían continuar abriendo locales bajo la forma de franquicias. Explica, asimismo, que el sometimiento de las franquicias al régimen de la ley resulta especialmente irrazonable si se tiene en cuenta que la finalidad de la norma es proteger al comercio minorista. Destaca que las franquicias “son instrumentos muy positivos que permiten la reactivación del comercio minorista”.

III) A fs. 289/292 vta. contesta la citación de tercero ADELCO (Asociación del Consumidor). Alega que la ley 12.573 y sus normas reglamentarias no sólo invaden materias cuya legislación corresponde al Congreso Nacional, sino que también implican una distorsión en el mercado en detrimento de los derechos del consumidor protegidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional, entre los cuales destaca la libertad de elección de precios, calidades y variedades. Agrega que este mandato constitucional fue plasmado en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y en la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, cuyo fin último es garantizar las ventajas que la libre concurrencia aporta a los consumidores.

IV) A fs. 394/399 contesta demanda la Provincia de Buenos Aires y solicita su rechazo. Alega que los argumentos de la actora fueron desvirtuados por lo ocurrido con posterioridad a la interposición de la demanda, porque quedó demostrado que las normas que impugna no le causaron perjuicio alguno. En este sentido, señala que, a partir de mediados de 2003, se otorgaron 29 (veintinueve) habilitaciones para la apertura de Supermercados Día en diversos puntos de la provincia, todo de conformidad con las previsiones de la ley 12.573 y sus normas reglamentarias. Asimismo, considera que la demanda no satisfac-

ce los requisitos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la procedencia de una acción declarativa ya que las normas impugnadas son claras y no existe ninguna incertidumbre para despejar.

Sin perjuicio de lo expuesto, la provincia contesta los argumentos de fondo de la demanda. Destaca que el derecho para ejercer toda industria lícita no es absoluto y que la Constitución autoriza su reglamentación, siempre y cuando sea razonable. Niega que las normas impugnadas se contrapongan con las leyes nacionales de defensa de la competencia y defensa del consumidor. Por un lado, con respecto a la ley 25.156 de defensa de la competencia, señala que “el Estado bonaerense colabora en el esfuerzo por evitar actividades monopólicas” del Estado Nacional ya que la ley 25.156 “ve con desconfianza la posición dominante en el mercado y las concentraciones y fusiones”, características ambas que atribuye a la empresa actora. Por otra parte, sostiene que no es cierto que la apertura de tiendas de descuento importe un claro beneficio para los consumidores y cita como fundamento los informes de entidades de consumidores de la Provincia de Buenos Aires que acompaña.

V) Abierta la causa a prueba, producida la que da cuenta el certificado de fs. 430 y presentados los alegatos de ambas partes, la causa fue remitida en vista al señor Procurador General de la Nación y a fs. 480 se dictó la providencia de autos para sentencia.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y Fallos: 311:810, entre muchos otros), de conformidad con las consideraciones y conclusiones expresadas por el señor Procurador General a fs. 230/231 vta., a las que corresponde remitir en razón de brevedad.

2º) Que, en primer lugar, corresponde evaluar si la acción resulta admisible, para lo cual es necesario determinar si se configura un “caso” en los términos de los precedentes de esta Corte en la materia, y si el planteo de la actora encuadra en el supuesto contemplado por el artículo 322

del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, este Tribunal tiene dicho que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y tenga por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes (al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal) constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 307:1379, 310:606, 311:421, entre muchos otros).

En tal sentido, en anteriores oportunidades esta Corte, al igual que, en algún caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para considerar configurado un caso que pueda ser resuelto por el Poder Judicial de la Nación, ha exigido: a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; c) que aquella actividad tenga concreción bastante (Fallos: 307:1379).

3º) Que dichos requisitos se encuentran acreditados en el presente caso porque la actora demostró la existencia de actividad de la Provincia de Buenos Aires que, con suficiente grado de concreción, limita en forma directa los derechos que invoca como fundamento de su demanda.

En efecto, en el expediente está acreditado que para obtener la habilitación de sus locales, la provincia le exigió a la actora la concurrencia de los requisitos impugnados en esta acción judicial, lo que incluye (entre otros recaudos) la evaluación de impacto socioeconómico y ambiental y el dictamen de la Comisión Asesora previsto en el artículo 12 de la ley 12.573 y de su decreto reglamentario 2372/01 (ver fs. 146/193, 351/352 y 377/379 del expediente. Ver, en particular, fs. 378/379 donde consta un dictamen no favorable respecto de la instalación de un supermercado de Día Argentina en la localidad de Pergamino). Asimismo, cabe resaltar que a fs. 129/144 la actora acompañó quince facturas (cuyos montos oscilan entre 6.200 y 19.500 pesos) emitidas por la Universidad Nacional de San Martín, por la realización de los estudios de medición de impacto socioeconómico exigidos por la ley 12.573.

En este punto, parece necesario aclarar que, para demostrar su interés actual y concreto en

esta acción, la actora no necesita acreditar que se le haya denegado algún certificado de factibilidad, tal como parece sugerirlo la provincia. En efecto, si se le otorgaron los certificados de factibilidad fue porque, hasta el momento, la actora cumplió con los requisitos que legalmente se le exigieron. Pero la finalidad de esta acción es, precisamente, que la empresa pueda obtener la habilitación de sus locales sin tener que cumplir con esos recaudos, que tilda de inconstitucionales e irrazonables.

4°) Que, en tales condiciones, y teniendo en cuenta que la actora ha acreditado la existencia de un interés actual y concreto en impugnar las normas que denuncia como inconstitucionales, la vía de la acción declarativa regulada por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta admisible.

5°) Que, sentado lo expuesto, corresponde tratar la cuestión de fondo, lo que implica determinar la constitucionalidad de las normas provinciales impugnadas. En este punto, cabe señalar que asiste razón a la actora en cuanto alega que la Provincia de Buenos Aires excedió sus facultades constitucionales, al legislar cuestiones relativas a la defensa de la competencia, cuya regulación corresponde en forma excluyente al Congreso Nacional. Esta Corte tiene dicho que la regulación de la defensa de la competencia corresponde al Estado Nacional, en razón de su directa relación con el comercio, el libre tránsito y la transacción de bienes y servicios, la prosperidad general y el bienestar del país, potestades todas... de índole nacional, sobre las que, se advierte, viene a apoyarse naturalmente esa legislación (Fallos: 324:3381 y sus citas, artículos 42, 75, incisos 13 y 18, y concordantes de la Constitución Nacional). Y, es por ello, que el Congreso de la Nación puede legislar en esta materia de una manera tan completa como podría serlo en un país de régimen unitario; inclusive, sobre aspectos de las actividades interiores de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el comercio interprovincial y exterior, o perturbar el bienestar general en el orden nacional, en ejercicio de la facultad que le asiste para arreglar aquéllas y fomentar a éste, y en la medida en que, a tales fines, fuese necesario (confr. Fallos: 154:104, 178:9, 319:998, 324:3381, entre muchos otros). De conformidad con los principios expuestos, al dictar la ley

25.156, el Congreso ejerció válidamente sus facultades constitucionales y diseñó un esquema de alcance nacional (ver artículos 31 y 17), teniendo en cuenta que las cuestiones relativas a la defensa de la competencia hacen al interés económico general de toda la República y, frecuentemente, requieren regular y controlar aspectos que exceden los límites geográficos provinciales o tienen un impacto directo en el comercio interprovincial (ver, en este sentido, resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en particular en lo que respecta a la definición de los mercados relevantes para determinar si las operaciones de concentración afectan el interés económico general. Ver también Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia n.º 306, del 24 de enero de 2002, The Home Depot Argentina S.R.L. e Hipermercados Jumbo S.A., en especial puntos 38, 39 y 57. Asimismo, ver dictamen 49 del 28 de abril de 2000 - Carrefour, Grupo PROMODES y Supermercados Norte, punto III).

6°) Que, sentado que la legislación de la defensa de la competencia es una facultad exclusiva del Estado Nacional, resulta decisivo determinar si las normas locales impugnadas importan una regulación de la misma materia, ya que, en ese caso, correspondería invalidar el régimen provincial por ser violatorio del esquema de distribución de competencias previsto en la Constitución Nacional, así como del principio de supremacía federal consagrado en su artículo 31 (artículos 42, 75, incisos 13 y 18 y Fallos: 312:1437 y 321:1074, entre otros). A tales efectos, cabe recordar que la legislación en materia de defensa de la competencia persigue preservar a los distintos mercados como a verdaderos bienes de carácter público, de modo de garantizar a la comunidad los beneficios que pueda traer aparejados la puja competitiva (Fallos: 324:3382). Y, con ese propósito, la ley nacional 25.156 previó dos tipos de herramientas: por un lado, una política de control de conductas (que castiga las prácticas anticompetitivas); y, por otro, un sistema de control previo de concentraciones económicas, dirigido a prevenir la formación de estructuras de mercado que perjudiquen el interés económico general. Es importante destacar (en lo que al caso interesa), que la ley 25.156 parte de la base de que no todas las concentraciones económicas tienen, per se, efectos anticompetitivos y, por lo

tanto, no siempre implican un perjuicio para el interés económico general. Por el contrario, algunas concentraciones económicas pueden tener efectos positivos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una concentración que no aumenta significativamente el poder de mercado de una firma, genera ganancias de eficiencia que resultan en precios más bajos para los consumidores. En esos supuestos, si se prohibiera la concentración, se afectaría el interés económico general, porque se impediría que los consumidores se beneficien con precios menores a los vigentes (ver en este sentido, resolución 164/2001 citada, anexo I, introducción y punto VI):

“Ganancias de Eficiencia Productiva Generadas por la Concentración”). Teniendo en cuenta el criterio explicado, la ley 25.156 no prohíbe ni pone límites a las concentraciones económicas, por el mero hecho de serlo; sino que adopta un sistema de controles previos que consiste, básicamente, en un mecanismo de notificación obligatoria de ciertas operaciones de concentración y la decisión, caso por caso, respecto a si la operación afecta el interés económico general (ver artículos 6, 7 y 8, ley 25.156).

7°) Que, por su parte, la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires impone limitaciones para instalarse en su territorio a “los establecimientos comerciales que conformen una cadena de distribución en los rubros de comercialización, elaboración y venta de productos alimenticios; indumentaria; artefactos electrodomésticos; materiales, herramientas y accesorios para la construcción y los que la reglamentación considere” (artículo 11). Y, a tal fin, considera cadena de distribución a “aquellos establecimientos de ventas minoristas o cadenas mayoristas que realicen ventas minoristas que constituyan o pertenezcan a un mismo grupo económico y/o que estén conformados por un conjunto de locales de venta, situados o no en un mismo recinto comercial, que han sido proyectados conjuntamente o que estén relacionados por elementos comunes cuya utilización comparten y en los que ejercen las respectivas actividades de forma empresarialmente independiente” (artículo 21).

Concretamente, en casos de modificación, ampliación y/o instalación de establecimientos comerciales, la provincia exige a las empresas

mencionadas (entre las que queda incluida la actora) un certificado de factibilidad, para cuya obtención se requiere un análisis del impacto socioeconómico y ambiental, realizado por una Universidad Nacional. Este estudio, según la ley, debe incluir la valoración (entre otras circunstancias) del impacto sobre “los efectos sobre los hábitos de consumo y las necesidades de compra, la influencia sobre los niveles de precios y de prestación de servicios al consumidor de la zona, la previsible repercusión del establecimiento proyectado sobre la competitividad de las estructuras comerciales de la zona, evaluando entre otros aspectos, la futura viabilidad de los equipamientos comerciales existentes y la mejora, cualitativa y cuantitativa, que supondrá para los mismos” (artículo 10, ley 12.573). Asimismo, la ley impone otra restricción a las empresas que son consideradas cadenas de distribución, ya que establece que sólo se podrá instalar un número máximo de locales, según la población total del municipio en que se solicite la factibilidad (artículo 41).

A partir de lo expuesto, resulta claro que las normas provinciales establecen limitaciones a las empresas por la única razón de pertenecer a un grupo económico o cadena (esto es, sobre la base de su grado de concentración económica), y con la finalidad de controlar el impacto que su instalación puede tener sobre el mercado. Refuerzan esta conclusión las afirmaciones de los debates parlamentarios de la ley 12.573, en el sentido de que esta legislación servirá “para crear mejores condiciones de competitividad y adecuadas normas de comercialización que eliminen asimetrías y desventajas competitivas para el comercio minorista tradicional”. Y que “con este nuevo instrumento nos estamos anticipando a la profundización del fenómeno de concentración comercial en el área de materiales y herramientas para la construcción. Este hecho es muy importante, porque a pesar de no haber llegado a tiempo respecto de la concentración comercial en materia de alimentos, electrodomésticos e indumentaria, con este instrumento estamos sentando el precedente para evitar futuras concentraciones y esperamos que sea a corto plazo” (ver Senado de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 21 de diciembre de 2000, segunda sesión extraordinaria, intervención del Senador Lamacchia, página 3384; y Cámara de Diputados

de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 6 de diciembre de 2000, primera sesión extraordinaria, intervención de los Diputados López y Guerrieri, en especial páginas 8334/8335 y 8339). Finalmente, lo expuesto queda corroborado, tanto por los dichos de la provincia en el sentido de que “el Estado bonaerense colabora en el esfuerzo por evitar actividades monopólicas” (ver fs. 396/398), como por las pruebas obrantes en el expediente. Al respecto, cabe destacar que el Informe del Instituto de Consumidores y Usuarios (realizado en cumplimiento de lo previsto en el artículo 12 de la ley 12.573, como parte del trámite de solicitud del certificado de factibilidad), dictamina en forma desfavorable sobre la instalación de un Supermercado DIA en la localidad de Pergamino, porque considera que “la concentración económica, cuyo control se intenta prever, luce en apariencias ciertas ventajas inmediatas, pero en el largo plazo produce efectos depresivos en la actividad de la Comunidad... cada supermercado que se instala produce automáticamente la desaparición de los comercios minoristas de la zona de influencia, por la simple razón de que no pueden competir con los precios de la gran empresa o cadena de distribución... No consta del expediente si la apertura del local también se produciría los fines de semana. De ser así, los demás comerciantes se encontrarían en desventaja, al sentirse obligados irremediablemente a abrir sus puertas” (fs. 378/379 del expediente).

8°) Que, a partir de lo expuesto, resulta evidente que las normas provinciales tienen como finalidad evitar y limitar el fenómeno de concentración económica en el rubro de supermercados e hipermercados. Y que, por lo tanto, la Provincia de Buenos Aires legisló en una materia cuya regulación corresponde en forma exclusiva al Estado Federal, y así conculcó el esquema de distribución de competencias previsto en la Constitución Nacional.

9°) Que la intromisión de la provincia en materias cuya regulación corresponde a la Nación en forma exclusiva resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las normas en juego. Sin embargo, resulta decisivo destacar que (aún en la hipótesis de que la provincia hubiera ejercido facultades concurrentes) el régimen provincial impugnado no podría coexistir con el régimen nacional de defensa de la competencia. Ello es así,

porque la Provincia de Buenos Aires ha diseñado un sistema diferente al nacional, tanto en cuanto a los medios utilizados como a la finalidad perseguida. Y este sistema interfiere y dificulta el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso al dictar la ley 25.156, que debe prevalecer en virtud del principio de supremacía federal previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional. De la lectura de la ley 12.573 resulta claro que la norma juzga como negativa cualquier tipo de concentración económica y, por eso, pone restricciones de acceso al mercado a toda empresa que forme parte de un grupo o cadena, sin distinción. En efecto, del debate parlamentario de la ley 12.573 surge que la intención legislativa fue crear un control de concentraciones económicas per se, porque la provincia consideró que la ley 25.156 no había sido suficiente para evitar la situación actual en la que “el comercio minorista se ha visto obligado a competir en muy poco tiempo con los mejores competidores del mundo y en clara inferioridad de condiciones... Con la falta de una ley nacional en la materia veamos con quiénes se obligó a competir al pequeño y mediano comerciante. Así, por ejemplo, una empresa que actualmente opera en 16 países (Europa, América Latina y Asia) con 324 tiendas, actúa sobre la base de tres aspectos claves: toda la compra en un solo lugar, amplios estacionamientos sin cobro adicional y estrategias de descuentos en los precios... En nuestro país, con la fusión de las cadenas de hipermercados, se consolidó un grupo económico de concentración minorista que controla el 30 por ciento del mercado nacional... Regular la instalación de grandes superficies comerciales, hasta 2500 metros cuadrados, fue un limitante importante en la apertencia de estos grupos económicos por seguir consolidándose en el mercado bonaerense. Ante esto, traen al país una nueva forma, [comercios de pequeñas superficies, no más de 300 metros cuadrados denominadas]... tiendas denominadas hard discount, descuentos fuertes y duros, con el único objetivo de seguir utilizando un vacío legal” (ver Cámara de Diputados de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 6 de diciembre de 2000, primera sesión extraordinaria, intervención del Diputado López, páginas 8334/8335). Ahora bien, el criterio respecto de las concentraciones económicas sobre el cual la provincia fundó su regulación, interfiere sustancialmente con la aplicación de la ley 25.156.

En primer lugar, porque las limitaciones a ciertas concentraciones pueden generar un perjuicio al interés económico general. Ello es así, porque el criterio provincial no tiene en cuenta (a diferencia de lo que ocurre a nivel nacional) que las concentraciones económicas no tienen per se un efecto negativo para el interés económico general y que, en algunos casos, pueden tener efectos positivos, tanto en términos de ganancias de eficiencia para el mercado, como de beneficios para los consumidores (ver en este sentido considerando 61, y resolución 164/2001 citada, anexo I, punto VI: "Ganancias de Eficiencia Productiva Generadas por la Concentración". En segundo lugar, porque al dificultar el ingreso de competidores al mercado, la ley 12.573 impide que las presiones competitivas disciplinen a los comercios ya instalados (tanto en cuanto a disminución de precios como a mejora en calidad, variedad, servicios, etc.); y fortalece el ejercicio de poder de mercado de las concentraciones económicas existentes o que logren instalarse. En este punto, resulta ilustrativo citar los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas en el ámbito nacional, en cuanto a que "aún si una operación aumenta significativamente el nivel de concentración existente en el mercado relevante, es posible que ella no afecte negativamente el interés económico general si en ese mercado no existen barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores. La amenaza del ingreso

de nuevos competidores constituye un freno a la capacidad de las empresas existentes en el mercado de subir sus precios. Para ello, es necesario que el ingreso de nuevos competidores al mercado pueda realizarse en forma rápida, probable y significativa" (ver resolución 164/2001 citada, punto VI. Ver, en igual sentido, el Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el cual se ha hecho un razonamiento similar respecto, precisamente, de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires, cuya validez aquí se discute: dictamen 306, del 24 de enero de 2002, The Home Depot Argentina S.R.L. e Hipermercados Jumbo S.A., puntos 79 a 84). Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 11, 21, 41, 91, 10, 11, 12 y concordantes, de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires, así como de sus normas reglamentarias y complementarias. Costas por su orden, teniendo en cuenta que las dificultades jurídicas del tema pudo hacer que la vencida se considerase con derecho a sostener su posición (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI
JUAN CARLOS MAQUEDA.
ES COPIA ●

