

S.C., D. 335, L. XXXIX.-

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

A fs. 194/228, DIA Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentación Sociedad Anónima Española, en su carácter de grupo económico que se dedica a la explotación del negocio de supermercado barrial a bajos precios, también denominado "tienda de descuento", promueven acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de la ley 12.573 (y su decreto reglamentario 2372/01) y del decreto 124/03, por contrariar lo establecido en los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional, como así también en los tratados y acuerdos celebrados entre la República Argentina y el Reino de España, ratificados por las leyes nacionales 23.670, 24.739 y 24.118.

Afirman que el régimen local interfiere con el plan de expansión que tenían previsto implementar en la Provincia, toda vez que el art. 4° de la ley impugnada fija una cantidad de locales según sea la población del municipio, disponiendo un límite máximo de un establecimiento en localidades de hasta 150.000 habitantes, dos en las de más de 150.000 y hasta 300.000 y de tres en las que superen dicha cifra. De este modo, dicen, la ley genera una doble restricción a derechos preexistentes, pues, por un lado, si bien les da certeza de que no podrán instalar más de un número determinado de tiendas en cada localidad, por el otro, les ocasiona una gran inseguridad jurídica, ya que, aún cuando instalaran establecimientos por debajo del límite fijado mantienen la incertidumbre sobre si luego no se les impondrán nuevas exigencias de imposible cumplimiento.

Además, cuestionan el bloque normativo local porque, a su juicio, instituye un procedimiento de habilitación de comercios que vulnera la libre competencia, en tanto establece límites inconstitucionales al derecho de ejercer industria lícita de los "grandes establecimientos comerciales" y de las "cadenas de distribución" en beneficio del "comercio minorista local". En tal senti-

do, manifiestan que ello implica un ejercicio ilegítimo del poder de policía por parte de la Provincia, que invade la distribución de competencias asignadas en la Ley Fundamental, así como también una violación al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento firmado el 12 de agosto de 1993 y a las leyes 24.240, de Defensa del Consumidor, y 25.156, de Defensa de la Competencia.

Señalan que la implementación del mencionado sistema exige un análisis del impacto socioeconómico y ambiental de elevado costo que perjudica la economía de la empresa, pues provoca interferencias en el desenvolvimiento del negocio y, en especial, en las inversiones necesarias para lograr una nueva apertura. En ese sentido, explican que a partir de la pre-habilitación municipal debe iniciarse el expediente de factibilidad ante los organismos provinciales, cuyo trámite —estimado en 270 días para ser concluido— implica hacer inversiones a fondo perdido en estudios de zonas y selección de inmuebles, al igual que numerosas dificultades al momento de celebrar nuevos contratos de locación.

En apoyo de tales argumentos, exponen que durante el transcurso de un año obtuvieron un solo certificado de factibilidad en todo el territorio provincial, cuando antes de la sanción de la ley cuestionada habían inaugurado más de cien locales en ese mismo período.

Se agravan, asimismo, porque el Poder Ejecutivo provincial, al dictar el decreto 124/03, dispuso suspender por el término de 180 días la excepción que la ley 12.573 confería a las franquicias de cadenas de descuento y, además, por haber establecido condiciones más gravosas en la elección de la Universidad Nacional para la realización del estudio del impacto socioeconómico (arts. 1° y 3° del citado decreto) privándoles, de esta manera, de la única vía por la que podían seguir con su plan de expansión en la Provincia.

En ese contexto, indican que el bloque normativo cuestionado prevé una reglamentación del comercio contraria a lo dispuesto en los arts. 75, inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional, toda vez que más allá de que el poder de policía pueda ser ejercido por la Nación juntamente con las provincias y de que el poder de policía sobre el comercio interno le corresponde a los estados locales, se ha sostenido que aquella concurrencia de poderes puede ejercerse siempre que se respeten las limitaciones que le impone la Ley Fundamental. Sin

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

embargo, expresan que, en el caso, la autoridad provincial pretende legislar sobre cuestiones atinentes tanto al derecho común, mediante la regulación de figuras atípicas del comercio, tal el caso de las “cadenas de distribución” o “tiendas de descuento” y “franquicias”, como aquellas que atañen a la protección de las garantías constitucionales de la libertad de comercio e igualdad, al legislar en materia de “defensa de la competencia” y “concentración empresarial”.

Por último, hacen reserva de recurrir a los procedimientos previstos en los arts. 9º y 10 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado con el Reino de España, ratificado por la ley 24.118, al igual que ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los términos del Pacto de San José de Costa Rica, sobre la base de argüir lesión insalvable de los derechos de propiedad y de libertad de comerciar, así como de las garantías de igualdad y razonabilidad.

Mediante el escrito de fs. 247/261, ampliaron la demanda e hicieron extensiva la impugnación, por iguales motivos que los expresados en el libelo introductorio, al decreto 1363/03, que dispone la supresión del número 111 de la lista del Anexo II así como del art. 6º, Anexo I, ambos del decreto 2372/01, reglamentario de la ley 12.573, que establecían excepciones al régimen de la citada ley y que, por consiguiente, permitían seguir abriendo, sin condiciones, nuevas tiendas, ya sea bajo el régimen dispuesto por el decreto local 8912/77 o bajo la forma de franquicias.

– II –

A fs. 263, V.E. corrió traslado de la demanda a la Provincia de Buenos Aires y citó como terceros, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA) y a la Asociación del Consumidor (ADELCO).

– III –

A fs. 289/292, compareció la Asociación del Consumidor (ADELCO) y cuestionó el bloque normativo local, en cuanto limita la cantidad de locales comerciales que pueden ser habilitados e impone la obtención de un certi-

ficado de factibilidad provincial (arts. 4º, 9º y siguientes de la ley 12.573), porque entendió que genera una distorsión en el mercado y viola materia de competencia federal (arts. 75, inc. 13 y 126 de la Constitución Nacional). Asimismo, señaló que la Provincia de Buenos Aires, con dicho proceder, tiende a favorecer a aquellos locales comerciales que no tengan grandes superficies ni integren una Cadena de Distribución, en detrimento de la libertad del consumidor en la elección de precios, calidades y variedades en su acceso al mercado.

– IV –

A su turno, la Provincia de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó su rechazo por medio del escrito que luce a fs. 394/399.

Sostuvo que varias manifestaciones de las actoras han quedado desvirtuadas por la propia fuerza de los acontecimientos, ya que desde la fecha de interposición de la demanda –a mediados del 2003– y en el marco de las disposiciones de la ley provincial 12.573 y sus normas complementarias, le han sido otorgadas a la empresa DIA veintinueve habilitaciones para la apertura de centros de comercialización en diversos lugares de la Provincia, muchos de los cuales estaban, en aquel entonces, en trámite de ser aprobados.

En consecuencia, afirmó que las actoras han aceptado la aplicación de las normas vigentes, lo que obstaba a su posterior impugnación sobre la base de la doctrina de los actos propios.

Adujo, además, que no se configuran los presupuestos para que proceda la acción declarativa, en particular, porque aquéllas no acreditan la existencia de un estado actual de incertidumbre.

Negó que exista una demora de 270 días en el trámite de habilitación y dijo que, en todo caso, es claro que deben tardar más aquellos emprendimientos que no cumplen con los recaudos pertinentes, los cuales, por otro lado, en su mayor parte, son exigidos por las disposiciones municipales. Negó, también, que se hayan obtenido cien autorizaciones en un año, y de ser así, indicó que deberían haberse detallado la ubicación geográfica de los establecimientos y el impacto que ello produjo.

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Manifestó, respecto de los altos costos del estudio del impacto socio económico, que no son establecidos por el Fisco sino por las Universidades Nacionales.

Asimismo, sostuvo que no es cierto que las normas cuestionadas sean contrarias a las disposiciones nacionales, puesto que, en el caso de ejercicio de facultades concurrentes, una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre un mismo objeto, sin que ello derive en violación a precepto jurídico alguno y que, para una cabal coexistencia de esas facultades sea constitucionalmente inadmisibile, es preciso que medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable.

En ese orden de ideas, concluyó que la reglamentación impugnada es razonable y no conculca los principios previstos en las leyes de Defensa de la Competencia y de Defensa del Consumidor. Por el contrario, la Provincia de Buenos Aires colabora con esfuerzo para evitar actividades monopólicas, así como también prevé el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia por actividades económicas (arts. 3° y 12 del decreto reglamentario 2372/01).

Por otra parte, considera desacertada la citación en calidad de tercero a ADECUA y ADELCO, en cuanto se trata de dos asociaciones que no tienen actuación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires ni figuran inscriptas en el Registro de Asociaciones de Consumidores previsto en la ley local 12.460.

Finalmente, destaca la improcedencia de la reserva efectuada por las actoras para recurrir ante el CIADI, pues considera que la elección de la vía local implica la renuncia de la internacional, por ser excluyentes entre sí.

- V -

Entiendo que, liminarmente, corresponde examinar si se encuentran reunidos los presupuestos para la admisibilidad formal de la acción declarativa articulada.

Al respecto, los precedentes de V.E. en la materia indican 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. Así, el Tribunal ha declarado que 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; 308:2569; 310:606, 320:1875; 322:678 y 1253; 326:4774 entre otros).

Precisamente, V.E., en el primero de los precedentes citados (*in re*, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ acción de amparo”), al igual que lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos —en la causa “Aetna Life Insurance Co. C/ Havorth, 300 U.S.227”—, definió los presupuestos formales de admisión de esta clase de acciones: a) actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo y c) que aquella actividad tenga concreción bastante.

Pienso que tales requisitos no se cumplen en el *sub lite* toda vez que no ha existido actividad alguna que haya puesto en tela de juicio el derecho ejercido ni se ha afectado el interés que se invoca, pues no median actos concretos o en ciernes del poder administrador.

En efecto, de la documentación acompañada no resultan los extremos que las actoras debían demostrar, a saber, la lesión o amenaza que pudiera afectar en grado suficientemente concreto su derecho a la libertad de comercializar en la Provincia. En el escrito de fs. 124/228, las demandantes cuestionan la legislación local porque —según su criterio— lesiona sus derechos constitucionales de ejercicio del comercio y de propiedad, al regular un procedimiento de habilitación que exige la presentación de un certificado de factibilidad provincial, circunstancia que —siempre según sus dichos— las perjudica en razón de que les limita el plan de expansión que tenían previsto implementar en la Provincia de Buenos Aires.

Sin embargo, es importante poner de relieve que no se observa que el efectivo daño alegado haya sido demostrado fehacientemente, pues omiten probar la existencia de algún acto de autoridad competente o, al menos, de un hecho administrativo que, con motivo de la reglamentación que impugnan, les

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

haya limitado el plan de expansión que dicen tener pero que tampoco acompañan. Ni siquiera acreditan la existencia de trámites iniciados, pendientes de resolver, y que, por vigencia de las disposiciones provinciales, se hayan visto obstaculizados de proseguir para la obtención de las habilitaciones pertinentes. Por el contrario, la demandada –según la documental obrante a fs. 418– acredita haber habilitado 30 establecimientos en el territorio provincial de propiedad de las actoras.

Es decir que –contrariamente a lo que era menester–, las actoras no demuestran en qué medida el régimen establecido por la ley local ha afectado sus derechos, así como tampoco que haya existido actividad alguna que pusiera en tela de juicio sus derechos constitucionales, al menos con el grado de concreción necesaria para la procedencia de este tipo de acción.

El Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación –que el Congreso argentino y la jurisprudencia del Tribunal han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos– como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2º de la ley 27; es decir, aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Por ello, no se está en presencia de una “causa” cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos: 12:372; 24:248; 95:290; 107:179; 115:163; 156:318; 243:176, entre muchos otros).

La cuestión en examen no puede ser asimilada al supuesto de “casos contenciosos”, previsto en el art. 2º de la ley 27 citada, los únicos en los que los tribunales federales pueden ejercer su jurisdicción, ya que las consideraciones efectuadas precedentemente impiden concluir que se esté en presencia de una controversia actual y concreta (Fallos: 311:421, considerando 3º), que autorice a calificarlo como tal.

Las diversas pretensiones y argumentos esgrimidos por las actoras permiten señalar que se excedería en mucho la función encomendada al Poder Judicial si se diese trámite a la demanda interpuesta. Es de absoluta evidencia que su examen sin acto alguno del poder administrador que lo justifique exige-

ría emitir un pronunciamiento de carácter teórico por medio del cual, ineludiblemente, se juzgasen las bondades e inconvenientes del sistema vigente en materia de habilitación comercial en la Provincia de Buenos Aires, función que, sin los presupuestos necesarios e inevitables señalados, le está vedado ejercer a la Corte.

Al efecto, cabe recordar principios receptados por el Tribunal desde sus inicios, según los cuales, las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que el requisito de la existencia de “un caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes. Ello excluye la posibilidad de dar trámite a pretensiones como la del *sub lite*, en tanto “la aplicación” de las normas o actos de los otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 243:176).

En ese orden de ideas cabe concluir que, si no existe demostración del agravio que le ocasiona la aplicación de dicha norma, carece de sentido pronunciarse sobre su inconstitucionalidad (Fallos: 310:211; 314:407), pues las críticas de las actoras a las disposiciones locales resultan conjeturales o hipotéticas, en tanto, como se dijo, no probaron comportamiento alguno configurativo del requisito del “*acto en ciernes*” que pueda válidamente originar una relación jurídica con la demandada (Fallos: 326:4774 y sentencia del 24 de mayo de 2005, *in re*, L. 358, L. XXXV, “La Cabaña Sociedad Anónima c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”).

Máxime, cuando no resulta ocioso recordar que, tal como lo ha señalado la Corte desde antiguo, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico y está a cargo de quien invoca una irrazonabilidad la alegación y prueba respectiva (Fallos: 325:645 y su cita)

Por lo tanto, la pretensión deducida, de obtener la declaración de inconstitucionalidad de actos de la legislatura y del poder administrador local, no constituye “*causa*” o “*caso contencioso*” que permita, desde mi óptica, a intervención del Poder Judicial de la Nación (confr. C. 626, L. XXI, “Contreras

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Hermanos y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 19 de agosto de 1999 y Fallos: 319:2642).


– VI –

Opino, por tanto, que corresponde desestimar *in limine* la presente demanda.

Buenos Aires, 28 de abril de 2006.-

ES COPIA

RICARDO O. BAUSSET


FERNANDO ZAYAT
PROSECRETARIO JEFE ADJUNTO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION
21/10/05