

Anteproyecto Ley Nacional Grandes Superficies Comerciales

FUNDAMENTOS

El comercio minorista

El comercio minorista resulta por cierto insustituible, ya que a través de su intermediación se acerca el producto al público.

La diversidad de bocas de expendio permite una sana competencia que debe ser estimulada, pero nuevos mecanismos de comercialización concentrados en grandes grupos económicos han ocasionado el efecto opuesto.

Por un lado, si existe una sobreoferta se produce un paulatino pero incesante cierre de bocas de expendio que, lógicamente, afecta a los pequeños y medianos comerciantes.

Ello trae como consecuencia pérdidas de puestos de trabajo como ha sido demostrado en múltiples estudios. Un reciente trabajo del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires, en el partido de San Martín, demostró que la apertura de dos hipermercados provocó que desaparecieran el 30% de los comercios de la zona. Se perdieron 8.000 puestos de trabajo contra 1.300 que incorporaron los hipermercados (ver revista CAS y FASA Edición 137, septiembre de 2009).

A su vez, esas grandes superficies comerciales y cadenas de distribución -con su impresionante poder de compra- se constituyen en formadores de precio, lo que les permite establecer mecanismos de comercialización engañosos que a la postre perjudicarán al consumidor.

La necesidad de regular la instalación de las grandes superficies comerciales y cadenas de distribución debe propender a lograr tres objetivos:

- a) Mantener el empleo e incrementarlo. Es bien sabido que el gran proveedor de empleo es la pequeña y mediana empresa, principal víctima del obrar de estos grupos económicos cuando no están razonablemente regulados;
- b) Diversificar la oferta (distintas marcas y productos) permitiendo mejorar la calidad de lo que se vende y dando más posibilidades de elección al consumidor mejorando los precios. Todo ello peligra si las grandes superficies comerciales y cadenas de comercialización no tienen una regulación adecuada pues se constituyen en formadores de precio;
- c) Proteger al pequeño y mediano emprendimiento comercial, lo que permite incrementar el número y calidad de pequeños comercios que con su esfuerzo contribuyen y mucho a la prosperidad de la región.

El tema no es nuevo y ya no parece que hubiera discusión en la necesidad de regularlo.

Aún cuando en la Unión Europea se han atenuado las regulaciones, ello se hizo por la necesidad de la globalización de un mercado interno interconectado que abarca a la totalidad de los habitantes de los países miembros que superan los 300 millones.

Este ejemplo no es trasladable a nuestro país con unos 40 millones de habitantes y sin una moneda única para el Mercosur.

En nuestro país, fueron las provincias y los municipios los que comenzaron a regular el tema. Hoy tienen leyes Entre Ríos, Santa Fe, Buenos Aires, La Pampa, Chaco, entre otras. Pero es insuficiente.

La práctica nos indica que una regulación que limite la entrada de una gran superficie comercial en un municipio de nada sirve si aquella se instala en las afueras del mismo pero muy próxima al ejido urbano.

Igual problema debe trasladarse a los casos de provincias vecinas o de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios del conurbano bonaerense.

La necesidad de una ley nacional resulta así imperiosa porque puede abarcar más de una jurisdicción y ese alcance territorial más extendido se complementa con medidas de regulación que, aunque más generales y no tan detalladas como en la regulación local, aseguren en todo el país un mínimo de protección a la pequeña y mediana empresa, procurando la preservación del empleo y el respeto de los principios que hacen a la lealtad comercial, la libre competencia y los derechos del consumidor.

La finalidad de esta ley está en directa relación con principios constitucionales expresamente reconocidos en la reforma de 1994.

El tema constitucional

Es necesario aclarar que esta ley no amerita reparo constitucional alguno.

Antes bien, se funda en la necesidad de cumplir con objetivos claros que establece la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994.

Bien es sabido que la Constitución Nacional protege la propiedad privada con particular énfasis y, específicamente, la libertad de comercio y contratación (Art. 14 y 17 CN).

Ello ha sido interpretado desde hace muchas décadas y aún en época de políticas liberales como que necesariamente tales derechos pueden ser limitados "... conforme las leyes que reglamentan su ejercicio" (Art. 14 CN).

La Corte Nacional se ha valido incluso de los fines que se persiguen desde el Preámbulo y que es el curso de acción que deben seguir los poderes constituidos con un mandato que viene desde 1853. Así se ha entendido que al establecer la Constitución Nacional como objetivo el de "...promover el bienestar general..." está dando cabida al llamado poder de policía amplio, siguiendo incluso los avances que al respecto se fueron dando en la Suprema Corte de EE.UU. (F.136:161; 172:21; 269:416; etc.) .

Ahora bien, en 1994 se produjo una reforma constitucional de amplio alcance que gozó de indiscutible legitimidad y estableció progresos sustanciales en esta materia.

Si bien la Ley 24.309 se ocupó de remarcar que "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional" (Art. 7), y fulminó de nulidad absoluta toda reforma que se aparte de los temas habilitados (Art. 6), se verá que la Convención no se apartó de las limitaciones impuestas y sin embargo enriqueció el marco normativo de los derechos y garantías vigentes desde 1853 con las incorporaciones de 1957 (Art. 14 bis).

Se observa con claridad que la reforma de 1994 actualizó y concretó, en normas más precisas, la posibilidad del Estado de regular los derechos de propiedad, libertad y comercio, y de contratar anteriormente reconocida con la genérica invocación al Preámbulo.

Ello obviamente no sólo favorece los criterios interpretativos aplicables sino que permite integrar los derechos propios reconocidos a cada persona con las obligaciones impuesta al Estado (nacional y provincial) para tutelar de manera efectiva derechos de carácter social.

Hay dos aspectos a considerar en este tema. Por un lado, dado que se trata de una ley nacional y el tema está regulado en provincias y municipios debe observarse que la nueva "cláusula de la prosperidad" impone al Congreso Nacional la obligación de efectuar lo "...conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo..." (El subrayado es propio, Art. 75 inciso 19).

De allí que resulta indiscutible la facultad de los órganos políticos nacionales para regular la instalación y funcionamiento de las grandes superficies comerciales y cadenas de distribución.

Sin embargo, cabe aclarar que ello no significa –en absoluto- que las provincias no puedan hacerlo, porque la nueva cláusula de la prosperidad como la anterior que se mantiene (Art. 75 inciso 18 y 125 primer párrafo) aparece –en cuanto a las acciones positivas que el Estado debe emprender- extendida como facultades a ejercer también por los Estados Provinciales (Art. 125 segundo párrafo CN).

En suma, se trata de una facultad concurrente.

Cabe destacar, que en este aspecto la reforma de 1994 incorpora algunas directrices interesantes que el anteproyecto de ley nacional contempla.

Así vemos que, si bien referido a los derechos ambientales, la Constitución Nacional prevé que corresponde a la Nación "...dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las Provincias, los necesarios para completarlos, sin que aquéllos alteren las jurisdicciones locales..." (Art. 41 tercer párrafo CN).

Este principio de complementación es aplicable a otros supuestos además de los derechos ambientales.

De allí que es perfectamente compatible con la Constitución Nacional una ley que establezca elementos mínimos de regulación de las grandes superficies comerciales, sin perjuicio de la complementación y mayores exigencias que puedan establecer las provincias y aún los municipios.

Particularidades del articulado

Art. 1) Objetivo.

Es importante precisar la finalidad de la regulación que tiene que ver con las "acciones positivas" que al Estado Nacional impone la nueva cláusula del progreso y la de los derechos del consumidor y defensa de la competencia.

Se destaca en el texto legal –principalmente- la generación de empleo, que significa no solamente crear nuevos puestos de trabajo sino evitar la pérdida de los existentes.

Resulta de buena técnica legislativa aclarar la finalidad de la legislación propuesta porque ello será un elemento sustancial para interpretar los alcances de las regulaciones que se establecen.

Art. 2) Alcance

Se definen aquí las actividades que están alcanzadas por la regulación y qué comercios son los afectados por ésta.

Existen inclusiones: los comercios de venta minorista, y exclusiones: los servicios.

Pero no todos los comercios minoristas están regulados sino solamente aquellos que constituyan "grandes superficies comerciales y cadenas de distribución" y ello obliga a definir estos conceptos (Art. 4 del anteproyecto).

Art. 3) Jurisdicción

Tratándose de una ley de alcance nacional es obvio que la jurisdicción participa de este carácter.

En este artículo se recoge el principio de complementariedad en las facultades concurrentes previsto en el art. 41 CN al que antes hemos aludido.

Art. 4) Definiciones

La necesidad de precisar qué se entiende por grandes superficies comerciales y cadenas de distribución es fundamental.

Ello nos indica que la instalación de un comercio minorista no estará sujeta a esta reglamentación si por sus características no está incluido en el concepto o de grandes superficies comerciales o de cadenas de distribución.

A este respecto, definimos las grandes superficies comerciales -cualquiera sea el producto que comercialice- de acuerdo a una escala que toma en cuenta la población del núcleo urbano donde se instalará el nuevo establecimiento y la superficie relevante existente.

En tal sentido, las regulaciones provinciales han seguido, en general, parámetros semejantes.

Sin embargo, existe una excepción. En aquellos comercios minoristas dedicados exclusiva o preponderantemente a la venta de productos alimenticios se considera gran superficie comercial el establecimiento que tenga una superficie de exposición y venta superior a 100 m². prescindiendo de la población del núcleo urbano donde se instale.

Ello no es aplicable a ningún otro rubro (ferretería, indumentaria, entre otros).

El último párrafo del artículo propuesto alude a las facultades de las provincias y municipios de imponer normas más estrictas y está en consonancia con el Art. 3 que recoge el principio de "complementación".

Art. 4.2) Cadena de distribución

Ocurre que en la comercialización de productos minoristas un solo dueño puede tener múltiples negocios que individualmente no constituyan una "gran superficie comercial" pero que en realidad responden a una misma titularidad o están relacionadas por elementos comunes.

Por esta razón, también estos comercios requieren una regulación, limitando razonablemente su instalación y funcionamiento.

Art. 5) Superficie máxima cubierta

En este artículo se establece una norma de "bloqueo" o "barrera de entrada".

Si de acuerdo a la población se supera la cantidad de metros cuadrados que un núcleo urbano puede tener como máximo para establecimientos configurados como grandes superficies comerciales o cadenas de distribución, no pueden habilitarse nuevos.

Son dos los elementos a tener en cuenta. La población por un lado, dividida por un coeficiente que en el caso es 8. Ello nos da el máximo de superficie instalada de exposición y venta. Esta ecuación no es arbitraria, se ha tomado de la regulación existente en Santa Fe (Ley 12.069).

El otro elemento consiste en determinar qué establecimientos comerciales deben computarse para verificar cuál es –en ese núcleo urbano– la superficie cubierta relevante. Se agregan aquí, además de los establecimientos previstos en los Art. 4.1 y 4.2, todos los autoservicios.

Desde ya que no se considera autoservicio un kiosco o un puesto de venta de flores, etc.

Es importante destacar que para obtener la superficie máxima relevante se debe computar la existente en el núcleo urbano donde se instalará el nuevo establecimiento pero extendido a tales efectos hasta un radio de 25 km. desde sus límites. Ello permite evitar que se burle el sentido de la ley instalando grandes superficies comerciales en espacios vecinos al núcleo urbano cuyos habitantes constituirán la principal clientela.

La disposición es también aplicable cuando el radio circundante corresponde a otra provincia o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y esta extensión solo es alcanzable y legalmente factible en el marco de una legislación nacional.

Los párrafos 3º y 4º de este artículo pretenden implementar un sistema sencillo de aplicación que evite la frustración de los objetivos perseguidos por dilación en instrumentar reglamentaciones que terminan siendo confusas y difusas.

En el Art. 8 segundo párrafo se establece un reaseguro para ello.

Art. 6) Certificado de factibilidad provincial. Órganos de aplicación

Son las provincias o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires quienes deben otorgar el certificado de factibilidad provincial que contemple las pautas de esta ley y el impacto socio-ambiental que no se detalla para dejar que las jurisdicciones locales lo hagan.

El órgano de aplicación será la autoridad provincial con competencia en el tema.

Art. 7) Sanciones

La Ley de Defensa de la Competencia (Ley 25.156) establece infracciones que dan lugar, en caso de ser cometidas, a sanciones que se aplican previo el desarrollo de un procedimiento adecuado y por medio de un tribunal específico para entender en estas cuestiones.

Tratándose de una ley nacional que regula una actividad comercial parece razonable que sean de aplicación tales normas.

Art. 8) Vigencia y operatividad de la ley

No requiere esta legislación un periodo amplio de “*vacatio legis*” y por ello se mantiene la norma general del CC.

Es importante empero establecer expresamente la operatividad de la ley sin necesidad de reglamentación, al menos en algunos artículos porque otros podrán ser reglamentados como se indicará en el Art. 11.

El último párrafo de este artículo busca evitar demoras en la aplicación de sus disposiciones y en tal sentido se ha optado por tomar, pero solo durante el año calendario y si no se actualiza la superficie máxima relevante, los cálculos ya existentes en la respectiva provincia y/o municipio.

Lógicamente, si al año siguiente no se releva la superficie existe se aplicará el Art. 5.

Art .9) Irrectroactividad en la aplicación de esta ley

Si bien se trata de un principio constitucional que una ley nueva no pueda afectar derechos adquiridos, es importante decirlo claramente.

Las grandes superficies comerciales y cadenas de distribución ya habilitadas y en funcionamiento al momento de vigencia de la ley no pueden ser alcanzadas por ésta.

Se exceptúa –claro está- a aquellos supuestos donde hubiere algún cuestionamiento judicial, en cuyo caso se estará a la decisión que sobre el punto se pueda tomar.

Art. 10) Legitimación

En sintonía con la legitimación amplia otorgada en materia de amparo, tratándose de derechos de incidencia colectiva (Art. 43 CN) se establece la legitimación tanto administrativa como judicial de las organizaciones, asociaciones e instituciones que tengan un interés legítimo.

Art. 11) Reglamentación

Se prevé que el Poder Ejecutivo Nacional dentro de los sesenta días. Pero los Art. 4 y 5 no serán reglamentados y resultan inmediatamente operativos.

COMISIÓN NACIONAL INTERCÁMARAS

Confederación Argentina de la Mediana Empresa (CAME), Federación de Centros Comerciales a Cielo Abierto, Federación Argentina de Supermercados (FASA), Cámara Argentina de Supermercados (CAS), Federación de Almaceneros de Buenos Aires (FABA), Federación Económica de la Provincia de Buenos Aires (FEBA), Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires (FECOBA), Cámara de Pequeñas y Medianas Empresas de Formosa (CAPYMEF), Federación Económica de Chaco (FECHACO), Asociación Empresaria de Rosario (AER), Cámara de Supermercados y Autoservicios de Rosario (CASAR), Cámara de Comerciantes en Artefactos para el Hogar de Santa Fe, Centro Comercial de Santa Fe, Federación Económica de Entre Ríos (FEDER), Federación Argentina de Jóvenes Empresarios (FEDAJE), Cámara Argentina de Distribuidores y Autoservicios Mayoristas (CADAM), Asociación de Distribuidores de Golosinas y Afines (ADGYA), Asociación de Industriales Panaderos y Confiteros de Mar del Plata (AIPC), Cámara de Comerciantes Mayoristas e Industriales de la República Argentina (CADMIRA), Cámara Argentina de Distribuidores de Materiales Eléctricos (CADIME), Cámara Regional de Comercio e Industria de Lomas de Zamora, Unión de Entidades Pyme de Entre Ríos (UEPER), Cámara de Comercio e Industria de Salta (CceIS), Cámara de Comercio, Industria y Producción de Comodoro Rivadavia (CACIPCR), Federación Empresaria de La Plata (FELP), Cámaras de Empresas Informáticas del Litoral (CEIL), Centro Comercial e Industrial de Venado Tuerto (CCeIVT), Cámara de Ferreterías y Afines de la República Argentina (CAFARA), Centro de Defensa Comercial e Industrial de Gualeguaychú (CDCI), Unión del Comercio, Industria y Producción de Mar del Plata (UCIP), Cámara de Ferreterías y Afines de Mar del Plata (CAFAMAR), Cámara de Comercio del Calzado y Afines de la República Argentina (CCCRA), Cámara Provincial de Supermercados y Autoservicios (CAPSA), Cámara Argentina de Distribuidores de Hierros y Afines (CADHYA), Cámara del Comercio Automotor de Mar del Plata, Cámara Marplatense de Supermercados y Autoservicios (CAMARSA), Asamblea de Pequeños y Medianos Empresarios (APYME) y otras entidades representativas del comercio minorista.