

LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y SUS IMPLICANCIAS SOBRE EL “FEDERALISMO REGULATORIO”

RICARDO ALBERTO MUÑOZ (H)

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de los servicios públicos, y en especial, los federales o nacionales, importa quizás el capítulo del Derecho Administrativo más directamente vinculado con el Federalismo argentino, habida cuenta que la concentración de funciones cada vez más acentuada en nuestro sistema institucional, supera el carácter eminentemente local de dicha disciplina y las autonomías locales, ya sea provinciales o municipales, se ven postergadas por las atribuciones crecientes del poder central.

La Regulación Económica y de los Servicios Públicos, en todos sus aspectos posibles (generación, transporte, distribución o prestación, comercialización, control regulatorio y financiero), nos obliga analizar las bases constitucionales en donde aquel se asienta, y en particular, el sistema de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, por supuesto adaptado a nuestra realidad sociológica, política y económica, lo que nos lleva a reflexionar sobre un Federalismo *por declamación*, y no una verdadera descentralización de funciones institucionales hacia niveles menores de gobierno.

En este contexto, la *cláusula de comercio* de origen constitucional, importa un centro legal de imputación de competencias a favor del Estado Federal, o lo que es lo mismo, de restricción para las locales, con un alcance inimaginable, porque en ella –como veremos– encuadra todo supuesto de actividad económica, ya sea fuertemente intervenida por el Estado, o en su caso, abiertamente liberalizada. De tal manera que, toda actividad comercial, cualquiera sea su regulación estatal, se enmarca en los supuestos de este dispositivo. Pero es más, en ella se inserta la reglamentación de todo servicio público actual o que en el futuro pudiera crearse.

El riesgo que se corre es que su interpretación excesiva puede hacer erróneamente concluir al operador jurídico que toda actividad económica es de competencia federal, y entonces, a los demás ámbitos institucionales se les

está vedado ejercer cualquier potestad que, en forma directa o indirecta, afecten o pudieran afectar la regulación federal y el mercado delineado constitucionalmente.

Para la doctrina más especializada, *el federalismo regulatorio* importa un concepto complejo que hace referencia, por un lado, a la división de competencias entre los diferentes niveles de gobierno, y por el otro, a requerimientos de calidad de servicio, lo cual es inherente a los actuales estudios en materia regulatoria. En consecuencia, “puede afirmarse que el ‘federalismo regulatorio’ afronta los mismos problemas que el ‘federalismo argentino’ –en referencia, básicamente, a la creciente concentración de funciones del poder central–, aunque, con características propias y efectos particulares, que se traducen en una paulatina ineficiencia en la prestación de servicios”¹.

En este sentido, la cercanía e inmediatez del prestador con el usuario del servicio público, la calidad y eficiencia del mismo, su prestación en competencia o a través de un monopolio legal o natural, el régimen de tarifas y su financiamiento estatal o privado, el acceso a la autoridad regulatorio y de control, la necesidad de interconexión técnica, entre otras muchas cuestiones, son aspectos que importan al *federalismo regulatorio* y la distribución de competencias en materia de servicios públicos entre los diversos niveles de gobierno, frente a interferencias que pudieran sufrir causadas por la intromisión de otro ámbito institucional.

Además, y tal como distinguiremos *supra*, el estudio de la cláusula de comercio merece un tratamiento especial no solo a los efectos de descifrar la correcta dimensión territorial del mercado según el texto constitucional, sino también desde el punto de vista del federalismo fiscal, pues su trascendencia justifica un lugar de similar importancia en la literatura jurídica que la propia distribución de competencias en materia impositiva, ley de coparticipación, entre otros cardinales temas, ya que del correcto entendimiento de esta cláusula de comercio interjurisdiccional depende buena parte del financiamiento de las provincias.

Con ese norte, y con la intención de lograr alcanzar los justos términos de la problemática, en primer lugar discurriremos sobre el federalismo actual. Después analizaremos la cláusula de comercio y su recepción en los Estados Unidos el que se constituye como el principal antecedente internacional, continuaremos después con las fuentes históricas nacionales en la materia, para

¹ LEONARDO MASSIMINO, “El régimen federal y los servicios públicos: los problemas del “federalismo regulatorio”, en AA.VV., *Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, ps. 697 y ss. (en part. p. 698).

pasar luego al análisis de lo prescripto en nuestra Constitución nacional, según nuestra propia interpretación.

En segundo lugar, nos enfocaremos particularmente a estudiar la cláusula de comercio como unidad de mercado, y su vinculación con los poderes de imposición locales así como también el deslinde competencial entre Nación y provincias en materia de prestación de servicios públicos. Por último, ofreceremos al lector importante reseña jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al denominado *federalismo regulatorio*.

II. UN DIAGNÓSTICO LIMINAR DEL FEDERALISMO EN NUESTRO PAÍS

Como se sabe, un Estado federal se configura cuando en un mismo territorio coexisten como mínimo dos tipos de estructuras de gobierno, una central y otra local. Esta dispersión de poder implica, por un costado, que al menos en un área o materia determinada cada una de estas unidades —el Estado central o las jurisdicciones locales— retiene la autoridad para adoptar decisiones independientes de la otra, y, por el otro, su consagración en la propia Constitución nacional de modo que ninguna de estas partes puede modificarlo unilateralmente².

Normalmente se pronuncia que existen tantas modalidades diferentes de federalismo como países adscriben a esta particular forma de estado, lo que viene determinado por la disímil expansión de los poderes entre cada una de las estructuras que lo componen, central y locales. En algunos, más centralizados, el equilibrio del reparto de competencias está inclinado hacia el lado del Estado central, mientras que en otros, más periféricos, lo está hacia las subunidades que lo conforman.

Esto nos lleva tempranamente a distinguir, siguiendo a calificada doctrina, el federalismo (o la relación federal) del modelo federal, toda vez que mientras el primero implica “un sistema con el cual los diversos grupos humanos, sin perder su autonomía en lo que es peculiar y propio, se asocian y subordinan al conjunto de los de su especie para todos los fines que les son comunes”, el modelo federal, por su lado, “es la forma de organización y aparato estructural que adoptan las comunidades federadas, como marco jurídico dentro y a través del cual habrá de desarrollarse la relación”, así, “resultaría ser la adaptación de los principios y caracteres generales de toda relación

² JUAN F. GONZÁLEZ BERTOMEU, “Notas sobre federalismo”, en ROBERTO GARGARELLA (coordinador), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, T. I, Democracia, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 439 (en part. p. 441).

federal a un conjunto de condiciones, pautas y convicciones vigentes en un momento histórico”³.

El federalismo argentino presenta matices peculiares que lo distinguen de sus modelos inspiradores, en donde la realidad demuestra que las fuerzas centrípetas tienen un impulso que no ha decaído a lo largo de la historia de nuestro país, sino más bien, han aumentado con el correr del tiempo. A diferencia de los Estados Unidos, en donde la preocupación recae en la necesidad de mantener la unidad de una pluralidad de Estados realmente autónomos, aquí los principales esfuerzos parecen estar dirigidos a diluir el federalismo a fin de transformarlo en una retórica que trasunta un comportamiento claramente dirigido a la concentración del poder.

Muchas han sido las causas que, en el escenario de esta crisis, han generado el vaciamiento de la fragmentación del Poder político que el federalismo significa. Este desequilibrio se manifiesta a nivel económico y reconoce circunstancias político-institucionales, demográficas y sociales que lo aceleran a ritmo vertiginoso⁴.

Ha explicado FRÍAS que la desnaturalización del federalismo argentino merece distinguir dos aspectos de análisis. En primer lugar, la creciente dependencia o *sucursalización* del gobierno central con respecto a los poderes locales. Esta sumisión, es de naturaleza política, cuando afecta la libertad de los gobiernos locales en su competencia institucional. Es económica, cuando la asignación de recursos y distribución de ingresos no asegura el ejercicio autónomo y coordinado –no subordinado– de las competencias. Y es social, cuando la desigualdad de oportunidades limita las expectativas razonables y la presión del centro hegemónico impide la operación de los grupos locales⁵.

En segundo lugar, y paralelamente, se advierte una relación de hegemonía de áreas metropolitanas con el resto de la Nación. Piensa el maestro cordobés, que esta relación “metrópoli-país” muestra un triple desequilibrio. De población, ya que el área metropolitana concentra exageradamente la mayor cantidad de habitantes. De riqueza, toda vez que en el 20% del territorio se aglutina el 80% de la riqueza. Y de funciones, ya que en la metrópoli se

³ GUILLERMO BARRERA BUTELER, *Provincias y Nación*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 62.

⁴ JOSÉ MANUEL BENVENUTI y MARIELA UBERTI (colaboradora), “Ensayo sobre desnaturalización del federalismo argentino”, en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, T. I, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, ps. 211 y ss. (en part. p. 215).

⁵ PEDRO JOSÉ FRÍAS, “Autonomía y dependencia en las provincias”, en PEDRO JOSÉ FRÍAS y otros, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 21 y ss. (en part. p. 22).

aglomeran todas las funciones de capitabilidad sumadas a otras que no le conciernen y que podrían regionalizarse sin daño y hasta con ventaja⁶.

BARRERA BUTELER entiende que la crisis del federalismo se puede generar tanto en la relación federal como en el modelo federal adoptado. La crisis se manifestará en la primera, cuando afecte sus elementos básicos (comunidades diversas, voluntad de relacionarse para alcanzar fines comunes, voluntad de preservar su propia identidad y autonomía). En cambio, “la crisis será del modelo, o aún de la concreta variante adoptada, cuando los instrumentos que este proporciona se han tornado inadecuados para hacer efectivos los principios de solidaridad, subsidiariedad y participación”⁷.

La crisis de solidaridad en la relación federal se denota, no solo en los casos de ausencia del sentido de unión, sino también cuando los comportamientos de los sujetos revelan falta de corresponsabilidad entre las comunidades, exteriorizada a través de desequilibrios consentidos (marginación e inequidad social, falta de homogeneidad en los servicios públicos, etc.). Hay crisis de subsidiariedad, cuando la comunidad mayor asume competencias que podrían ser ejercidas por las comunidades menores, sin daño para el bien común general. Y existirá crisis de participación, en la medida que el Senado –principal órgano de inclusión de las provincias en el Gobierno federal– vea reducido su nivel de actuación e intervención en la vida política de la Nación, lo que es provocado por diversas causas (ejercicio de función legislativa a cargo del órgano ejecutivo, disciplinamiento de los senadores por parte de los partidos políticos nacionales y la figura del presidente, etc.)⁸.

⁶ PEDRO JOSÉ FRÍAS, “Metrópoli y país”, en *Derecho público provincial*, op. cit., p. 397 y ss. (en part. p. 397 y 398). Sostiene HERNÁNDEZ (H), que “este fenómeno notable de concentración que alcanzará todos los órdenes de la vida social argentina en relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias, ha sido similar al producido en otros países latinoamericanos, que desafortunadamente no han podido evitar este rasgo común a las sociedades subdesarrolladas, que presentan una inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías” (ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (H), “Aspectos financieros y económicos del federalismo argentino”, en ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (H) (director), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Córdoba, 2008, p. 11 y ss. (en part. p. 30).

⁷ GUILLERMO BARRERA BUTELER, *Provincias y Nación*, op. cit., p. 64. “Obviamente –aclara el autor citado– existe una estrecha interdependencia entre ambas, porque la crisis en el modelo (en lo instrumental o adjetivo), si no es superada mediante su adaptación o sustitución, terminará por provocar una crisis en la relación (en lo sustancial). Sabemos que es condición de existencia del federalismo un equilibrio entre principios y fuerzas aparentemente opuestos. Por eso, toda crisis federal, sea de la relación, sea del modelo, comienza por alguno de sus principios fundamentales (solidaridad, subsidiariedad y participación) pero, cuando no es superada, se extiende como un cáncer al conjunto de la relación” (op. cit., p. 65).

⁸ GUILLERMO BARRERA BUTELER, *Provincias y Nación*, op. cit., p. 65 a 74.

En particular, desde el punto de vista jurídico, esta propensión al unitarismo ha sido endosada a diversos institutos propios del Derecho Constitucional y Administrativo, o al menos, a su aplicación apartada de los objetivos que los fundan. En ese marco, la intervención federal, el estado de sitio, las zonas de jurisdicción federal, el sistema nacional electoral y de partidos políticos, el hiperpresidencialismo argentino, la regulación económica y el poder de policía de la emergencia, la propia cláusula de comercio, la coparticipación impositiva, los subsidios discrecionales a las provincias, la congregación de funciones en organismos del Poder Ejecutivo en el ámbito de la educación, salud y los servicios públicos, la deserción del parlamento en su función de control, el acompañamiento de estas políticas por parte del Poder Judicial, entre otros, configuran temas que resultan irritantes para las autonomías provinciales.

III. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y SUS EFECTOS EN LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES

En este sentido, la regulación jurídica concentrada de la actividad de origen económico por el Estado Federal, inclusive la técnica del servicio público o *publicatio* estatal, y los males que ello provoca para las pretensiones provinciales en la materia, no ha sido suficientemente apreciado por la doctrina *iuspublicista* argentina.

La “cláusula comercial” (también nominada como “cláusula de comercio” o “cláusula de comercio interjurisdiccional”) instituida en la Constitución nacional, mediante la cual se atribuye al Congreso nacional “reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”, ofrece su análisis en un doble aspecto. Es, en primer término, una fuente positiva de poder del gobierno central, y al mismo tiempo, una fuente de restricciones implícitas a los poderes locales en cuanto se trata de regular y gravar el comercio⁹.

La cláusula comercial, en compañía de otros dispositivos constitucionales, tales como aquellos que establecen prohibición de establecer aduanas interiores (art. 9), el derecho a la libre circulación interior de los efectos de producción o fabricación nacional así como los géneros o mercancías de toda clase (art. 10), la imposibilidad de imponer derechos de tránsito dentro del territorio nacional (art. 11), la veda de trato discriminatorio en la navegación interior (art. 12) y la libre navegabilidad de los ríos interiores (arts. 26 y 75 inc. 10) se erige como el marco jurídico por el cual se configura la dimensión

⁹ CARLOS MARÍA BIDEGAIN, *El Congreso de Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 231.

territorial del mercado nacional. Por su intermedio, se circunscribe el ámbito geográfico de actuación económica en nuestro país, y se define el respecto al pleno ejercicio de las libertades económicas de los ciudadanos (verbigracia, el derecho de propiedad, de asociarse, de ejercer industrial lícita, de entrar, transitar, permanecer y salir libremente, entre otros). Por todo ello, la importancia de su estudio para el Derecho Constitucional Económico y Derecho Administrativo Económico.

No obstante, desde una perspectiva crítica, advertimos también que la apelación abusiva de la cláusula de comercio por parte del Gobierno Federal en materias que son de competencia propia de las autonomías locales, además de desinterpretar incorrectamente el texto constitucional, provoca dos consecuencias negativas: *a)* la restricción de competencias locales bajo el argumento (no siempre justificado) de interferencia sobre la jurisdicción federal; *b)* la imposibilidad de las provincias de hacerse de sus recursos económicos a los fines de enfrentar sus obligaciones de naturaleza presupuestaria. Resulta preocupante el alto nivel de endeudamiento que tienen muchas provincias y el alto déficit de los presupuestos provinciales, que en la actualidad afecta a la mayoría de los distritos.

Por ello, coincidimos con CÉSAR ENRIQUE ROMERO en cuanto observa que “la realidad política e histórica del país, desde, acaso, los días iniciales de nuestra organización, ha tendido a una desnaturalización del federalismo con evidente desmedro de las provincias y una, cada día, mayor centralización en beneficio de la Capital Federal y de sus zonas de influencia. Buenos Aires ha monopolizado y monopoliza la riqueza de la República, situación cuya gravedad se torna cada vez más en un factor negativo para la verdadera integración nacional y su desarrollo económico. Toda política que tienda a una descentralización administrativa y económica-industrial ha de resultar beneficiosa para el país en general, promoverá la posibilidad cierta que la República vuelva a ser la Nación, con clara conciencia de su destino en la historia de América y del mundo”¹⁰.

IV. LA CLÁUSULA DE COMERCIO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Pasemos revista entonces a la constitución norteamericana, sin antes destacar que no solo el derecho estadounidense nos otorga importantes fuentes

¹⁰ CÉSAR ENRIQUE ROMERO, “Jurisdicción nacional y provincial en materia de transporte automotor de pasajeros”, JA 1964-II, 60.

en la materia, sino también, a los fines del estudio de estos temas, igualmente debe ser tenido en vista el Derecho Constitucional europeo.

Por su importancia, se destaca la Constitución de España de 1978 en cuanto expresa en su art. 139.2 que “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”. Comenta LOSA que esta sabia inclusión del constituyente evitó que la notoria fuerza económica-financiera adquiridas por algunas comunidades hispanas produjera tensiones y conflictos en este tópico, y a su vez generó que la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) tomara oportunamente una posición amplia en relación a la circulación del continente.

El estudio de la denominada “cláusula de comercio” contenida en el art. I, secc. 8, apart. 3 de la Constitución de los Estados Unidos, en cuanto establece que “el Congreso tendrá potestad [...] para regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los diversos Estados, y con las tribus de indias”¹¹, resulta de particular interés para el constitucionalismo argentino porque nuestra Constitución nacional –utilizando aquella como fuente, al igual gran parte del texto constitucional– también contiene una “cláusula comercial” que sigue en los lineamientos textuales el modelo norteamericano, y porque la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos también influyó en nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De la misma manera que en los Estados Unidos, en donde existieron cambios de interpretación de acuerdo a sus tiempos y contextos, puede señalarse también que eso mismo ocurrió en nuestro país, sin perjuicio de que no existieron coincidencias de naturaleza temporal¹².

La historia de la cláusula de comercio en el país del Norte traduce el sentido mismo de la historia del federalismo norteamericano, pues a través de ella, se ha construido y delimitado las facultades de los Estados autónomos en las materias más importantes que hacen a su propia subsistencia, tales como los regímenes de promoción industrial, los poderes impositivos, la regulación de la explotación de sus recursos naturales, el poder de policía laboral, la legislación penal, entre otros. De ahí entonces que puede decirse que buena parte de la construcción teórica y jurisprudencial del federalismo en los Estados Unidos pasa por la interpretación de esta cláusula¹³.

¹¹ Constitución de los Estados Unidos de América, con notas explicatorias, World Book, 1986.

¹² ALBERTO R. DALLA VIA, *Derecho constitucional económico*, LexisNexis, Abeledo-Perro, Buenos Aires, 2006, p. 503.

¹³ ALBERTO R. DALLA VIA, *Derecho constitucional económico*, op. cit., p. 503.

Pero la mayor importancia del citado dispositivo radica en que este da origen al mantenimiento de la unificación de los Estados o la subsistencia misma de los Estados Unidos, y fue causa de prosperidad y desarrollo económico de aquel país. Como muy bien explicó HAMILTON en el *Federalista* N° VII, si cada Estado o cada una de las Confederaciones pondrían en vigor su propia política comercial, esto ocasionaría distinciones, preferencias y exclusiones que producirían descontento. En definitiva, las infracciones a las reglas comerciales impuestas por ciertos Estados, por una parte, los esfuerzos para evitarlas y combatirlas, por la otra, provocarían naturalmente atropellos, y estos conducirían a represalias y guerras¹⁴.

La cláusula constitucional de aquel país, a diferencia de la nuestra, facultó al Congreso a regular el comercio que se desarrolla en tres dimensiones geográficas diferentes: con respecto a las Naciones extranjeras, con las tribus indígenas y entre los diversos ámbitos estatales internos. En particular, y atento el objetivo trazado en el presente estudio, solo nos limitaremos al examen del comercio interjurisdiccional.

No obstante, antes de adentrarnos al tema en cuestión, conviene destacar que la regulación comercial del Estado nacional con otros países, según el texto constitucional, encuentra punto de conexión que una gran cantidad de dispositivos que abarcan aspectos aduaneros, impositivos, de relacionamiento comercial externo, pactos internacionales, órganos de integración, entre otros puntos, que obviamente exceden el propósito del presente.

Y de la misma manera, aunque no esté de esa forma incorporado en nuestra Carta Magna, la vinculación también comercial entre el Estado Federal o las Provincias con los pueblos originarios, en los términos del art. 75, inc. 15, abre un abanico de interrogantes que merece ser en otra oportunidad considerado.

Tal como lo haremos *infra* en relación a la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, igualmente conviene metodológicamente sistematizar la evolución de la Corte norteamericana en la materia, distinguiendo diferentes etapas que nos ayudaran a comprender la interpretación y sentido de la cláusula comercial según las corrientes ideológicas y políticas reinantes en la época. En este aspecto, seguiremos el esquema descripto por GABINO ZIULU.

a) Primera Etapa (1787-1887)

Coincide la literatura jurídica en que la primera oportunidad relevante que tuvo la Corte Suprema norteamericana de examinar el alcance la cláusula

¹⁴ ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON y JOHN JAY, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

de comercio se remonta al caso “Gibbons v. Ogden” (1824), en donde el famoso *Chief of Justice* Marshall – el mismo que había escrito a través de “Marbury v. Madison” (1803) una de las páginas más sobresalientes del constitucionalismo del mundo– decidió una vez más sobre la suerte del federalismo norteamericano reforzando el gobierno federal por sobre los Estados miembros.

Cuenta el caso que el Estado de Nueva York le había otorgado a los ciudadanos Livingston y Fulton el exclusivo monopolio para utilizar un tipo de barcos a vapor (*steamboat*), cuando en tales circunstancias aparece Gibbons y comienza a operar su propia línea entre Nueva York y Nueva Jersey amparándose en una ley del Congreso. Ogden, quien había obtenido una licencia de exclusividad de aquellos para desarrollar el transporte de barcos entre las mismas ciudades, logró judicialmente detener las actividades de Gibbons a través una demanda de medida cautelar. El caso llega a la Suprema Corte, que decide invalidar el estatuto local de Nueva York y hace prevalecer la ley del Congreso para regular el comercio interjurisdiccional¹⁵.

Teniendo en cuenta que la cláusula de comercio habla de “regular el comercio”, el juez MARSHALL se concentró a determinar el alcance del término *comercio* y *regular*, advirtiendo que comercio no debe ser restringido como mero tránsito de mercaderías sino que debe ser comprensivo de todo intercambio, y de la misma manera extensiva, regular implica el poder de determinar por qué reglas se regirá el comercio, es decir, la facultad de controlar al mismo, restringirlo e inclusive establecer una prohibición¹⁶.

Esta interpretación amplia del texto constitucional desarrolló lo que los autores denominan concepción “orgánica” del comercio¹⁷ toda vez que la cláusula de comercio –en esos años– se extendía a toda circunstancia que afectara el comercio de más de un estado, en contraposición a jurisprudencias posteriores que se desarrolló sobre la base del mero hecho físico de cruzar o no la frontera interestatal.

La Constitución de aquel país no confía al Congreso la reglamentación de toda especie de comercio, sino solamente la del comercio exterior, interestatal y con las tribus indígenas. En esta línea, la Corte en “Gibbons” dijo que “el genio y el carácter de todo el gobierno parece ser el de que su acción debe ser aplicada a todos los negocios externos de la Nación y a todos los negocios internos que afectan generalmente a los Estados; pero no a aquellos que están completamente dentro de un Estado particular, que no afectan a otros Estados y a los cuales no es necesario interferir para el propósito de ejecutar alguno

¹⁵ CARLOS MARÍA BIDEGAIN, *El Congreso de Estados Unidos de América*, op. cit., p. 231.

¹⁶ MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, T. IV, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 509.

¹⁷ ALBERTO R. DALLA VIA, *Derecho constitucional económico*, op. cit., p. 504.

de los poderes generales del gobierno. El comercio completamente interno de un Estado, por consiguiente, puede ser considerado como reservado para el Estado mismo”.

b) Segunda etapa (1888-1933)

Los tiempos de una conceptualización restrictiva de la cláusula de comercio se consolidan a partir del año 1888 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzó a elaborar sus pronunciamientos distinguiendo lingüísticamente entre el comercio interestatal y las actividades internas de los Estados. En los primeros casos de este período el tribunal resaltó la concepción de “federalismo dual”, desarrollando su doctrina resguardando la Décima Enmienda por la cual la regulación de ciertas actividades habrían de quedar reservadas a los Estados, y ajenas por lo tanto, al gobierno federal, aplicándose de tal manera grandes impedimentos al poder central.

Así las cosas, en “Kidd v. Pearson” (1888), el Máximo Tribunal convalidó una ley del Estado de Iowa que prohibía la elaboración de bebidas alcohólicas dentro de sus límites territoriales porque en modo alguno dicha restricción afectaba la cláusula de comercio toda vez que la expresión “comercio” es distinta a la expresión “fabricación” o manufactura.

En igual sentido, años más tarde, en “United States v. EC Knight Co” (1895), lo que para algunos significaba la primera demanda de importancia en la materia durante la vigencia de la ley “Sherman” antimonopolios, vinculado a un caso en donde se había acusado de monopolio a una compañía azucarera en el estado de Pennsylvania, el citado Tribunal declaró que no existía violación a la cláusula comercial por tratarse de un problema vinculado con la producción y no estrictamente con el comercio.

En esta línea, concluye DALLA VIA que de las concepciones elaboradas por la Corte a partir de estos precedentes y reiterados después en otros casos referidos a la agricultura, minería, petróleo, generación de energía eléctrica, entre otros, “resulta una clara y tajante separación entre el concepto de comercio y el de producción, estableciendo el alto tribunal a tales efectos que el concepto de comercio correspondía a una etapa posterior al concepto de producción y que no era parte integrante de aquel, de manera que la regulación productiva era de competencia estrictamente local”¹⁸.

¹⁸ ALBERTO R. DALLA VIA, *Derecho constitucional económico*, op. cit., p. 505.

c) Tercera etapa (1933-1936)

En los Estados Unidos en la década del 30, en un contexto de grave crisis económica, la política nacional estaba orientada a repuntar los alicaídos mercados mediante fuertes intervenciones y regulaciones de las actividades productivas, aunque muchas veces con fundamento en un uso desmedido de la cláusula comercial, en desmedro de las facultades reservadas por los Estados. La Corte por su lado, en contra de lo que se esperaba, produjo un duro rechazo a las leyes del *New Deal* respaldándose en la mayoría de los casos precisamente en una interpretación cada vez más restrictiva de la denominada cláusula comercial.

Así fue que la Corte ya en 1935 declaró la inconstitucionalidad de la ley de jubilaciones de los empleados ferroviarios que regulaba el sistema de pensiones para el personal de las empresas de ferrocarriles, por exceder el poder de comercio. En estos momentos fue cuando empezó a resquebrajarse la relación entre los Poderes Ejecutivos y Judicial. Sin embargo, explica GABINO ZIULU, que el día más amargo del *nuevo trato* en los estrados de la Corte Suprema fue el 27 de mayo de 1935 –*lunes negro*, como se lo conoció– fecha en que la Corte anunció tres fallos adversos a las políticas del primer mandatario Roosevelt.

En el primer caso, se estableció que el Presidente carecía de la potestad de destituir a un miembro de la Comisión Federal de Comercio, antes del vencimiento del término por el cual había sido designado. El segundo pronunciamiento, de mayor incidencia económica, declaró la inconstitucionalidad a una modificación a la ley de quiebras que otorgada una moratoria de cinco años para el pago de ciertas deudas hipotecarias contraídas por los agricultores¹⁹. No obstante en el tercer fallo, “*Schechter Poultry Co v. United States*”, fue el que impartió el golpe más duro a la política del gobierno declarando la nulidad de la Ley de Reconversión Industrial, momento en que la Corte entendió que las prácticas laborales del negocio de las aves de corral no tenía una conexión directa suficiente con el comercio interestatal habida cuenta que

¹⁹ Vale aclarar. Si bien en nuestro país se registran numerosos casos jurisprudenciales en materia de cláusula comercial, y con ello, las oscilaciones producidas también en cuanto a la existencia del término comercio y en cuanto al juego de relaciones de poder entre el gobierno federal y las provincias, en la Argentina la sanción del denominado derecho de fondo es resorte exclusivo del Congreso de la Nación por aplicación directa del art. 75, inc. 12 del texto constitucional. En los Estados Unidos, por el contrario, la preexistencia de los Estados previamente erigidos, con constituciones anteriores a la Constitución federal, generó que el llamado derecho de fondo quedará reservado a la competencia legislativa de cada Estado por imperio de la enmienda X de la Constitución de aquel país donde –en una fórmula parecida a nuestro art. 121– se establece que los Estados conservaran los poderes no delegados en el gobierno federal.

los salarios y los horarios laborales eran materias reservadas a la regulación de los Estados²⁰.

El conflicto se profundizó en “Carter v. Carter Coal Co.” (1936) cuando el Máximo Tribunal declaró la nulidad de una ley federal que regulaba la industria del carbón a través de precios fijos, la unificación de prácticas comerciales y la regulación de las condiciones laborales relacionadas con la misma. Para el Tribunal, las regulaciones laborales estaban relacionadas con la producción y no con el comercio, y por eso son competencia local. De todos modos, se advierte que la doctrina que emerge de este *leading case* ya habían sido aplicadas por la Corte para declarar inconstitucionales dos importantes medidas dictadas por el gobierno de entonces como fueron la Ley Nacional de Reconversión Industrial y la Ley de Reforma Agraria.

d) Cuarta etapa (1937 en adelante)

Hasta 1937, y durante mucho tiempo, la Corte demostró predisposición por la creación de fórmulas abstractas para resolver los conflictos entre la jurisdicción local y la jurisdicción nacional en la materia, que fueron sintetizadas por BIDEGAIN en las siguientes formulas jurisprudenciales: *a)* que la producción era de carácter local; *b)* que el comercio interestatal se relacionaba primordialmente con el transporte; *c)* que las regulaciones que se relacionaban “indirectamente” con el comercio interestatal, estaban fuera del alcance de la cláusula de comercio, a pesar de la importancia que tuvieran para su preservación y fiscalización²¹.

En el mencionado año la Corte Suprema de los Estados Unidos por causas de orden diverso –tales como la amenaza del gobierno de ampliar su número, la mejora de los beneficios jubilatorios e inclusive fuertes presiones de naturaleza política– en “National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.” cambia su jurisprudencia, deja atrás su anterior concepción de la cláusula de comercio y adopta una definición antagónica a la defendida hasta entonces respecto de las potestades del gobierno federal, convalidando la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935.

A partir de este caso, explica DALLA VÍA, no solamente se marca una línea de corte sobre la interpretación del término comercio sino que, a la inversa de lo ocurrido con anterioridad, la Corte Suprema empieza a dictar resoluciones para las distintas áreas de la actividad productiva, tales como la industria del

²⁰ ADOLFO GABINO ZIULU, “La cláusula comercial de la Constitución nacional”, en AAVV., Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción, T. II, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, p. 554.

²¹ CARLOS MARÍA BIDEGAIN, *El Congreso de Estados Unidos de América*, op. cit., p. 237.

carbón o la reforma agraria. “Donde la Corte antes había dicho que la actividad comercial constituía solo un efecto indirecto, separado e independiente; en la nueva jurisprudencia, reacciona frente a la catástrofe económica del país durante la recepción y sostiene que cabe al Congreso regular directamente sobre las causas [...] de manera que casi toda la actividad comercial pasó nuevamente a ser considerada interjurisdiccional, y sólo en aquellos casos en que el comercio fuera propio dentro de un estado y no causara efectos en el comercio con otros estados, la actividad sería de pura competencia estatal”.

Al año siguiente en “Wickard v. Filburn” completó su doctrina al reconocer plenos poderes comerciales al gobierno nacional en base a razones de índole puramente económica. Allí dijo que *a*) una revisión del curso de las decisiones dictadas sobre la cláusula comercial demostrará que las cuestiones sobre el poder del Congreso no deben ser decididas por referencia a ninguna fórmula que dé fuerza fiscalizadora a nomenclatura tal como la *producción e indirecto* y excluya la consideración de los efectos reales de la actividad en cuestión sobre el comercio interestatal, *b*) en el reconocimiento por la Corte de la relevancia de los efectos económicos en la aplicación de la cláusula comercial, ha dejado de hacer factible la aplicación mecánica de formulas legales, y en consecuencia, no es fundamental para el propósito de decidir sobre el poder federal, que el objeto de la regulación en cuestión sea *producción, consumo o mercado*; *c*) las actividades pueden ser alcanzadas por el Congreso, pese a ser locales y aunque no ser estrictamente comercio, si ejercen un efecto económico substancial sobre el comercio interestatal, sin hacer distinción, como en tiempos anteriores, entre efectos definidos como directos o indirectos.

V. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y SUS ANTECEDENTES NACIONALES

Del estudio de los casos más resonantes de la Suprema Corte de los Estados Unidos en materia de regulación del comercio y su alcance puede extraerse que la mismos trasuntan una línea argumental que ha elaborado una doctrina oscilante conforme los tiempos y los procesos políticos-económicos en donde se encontraba inserta.

Que se inició primero con el concepto *orgánico* de comercio a través del cual la Corte buscaba consolidar los poderes del gobierno federal en años fundacionales, pasando luego a una definición más precisa del mismo diferenciando la actividad comercial propiamente dicha de otras como fabricación o manutención cuya regulación jurídica se encontraba reservada a los Estados miembros, continuando después con la conceptualización restrictiva que le permitió al Máximo Tribunal federal inaplicar las principales políticas

paliativas de la crisis económica, para por último reaccionar a través de una extensión tanto del término comercio como el de regulación.

Sin perjuicio de que resulta innegable como fuerte normativa la cláusula comercial de la Constitución norteamericana, también existen antecedentes nacionales en la materia que conviene analizar detenidamente. Estos –al igual que los Estados Unidos– reflejan el ser federal de nuestro Estado nacional al mismo tiempo que forjan, desarrollan e determinan la naturaleza del federalismo argentino que caracteriza a nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Debemos comenzar entonces con el bautizado Pacto Federal, celebrado entre los gobiernos de las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos en el año 1831, en donde se expresó la voluntad local para que “...se arregle la administración general del país bajo el sistema federal, su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales, y el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento general de la República, su crédito interior y exterior, y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las provincias” (art. 16, inc. 5).

El Acuerdo de San Nicolás de 1852, por su lado, no hizo referencia expresa al comercio interior, aunque entendía la necesidad de encomendar al gobierno federal ciertas reglas básicas (art. 16).

JUAN BAUTISTA ALBERDI, en su obra *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, coincidía con las disposiciones del Pacto Federal y con el Acuerdo de San Nicolás, en especial, con la forma en que había sido resuelto en ellos el tema del comercio, manifestando su apoyo para que el comercio interior y exterior formaran un mismo objeto y fueran declarados nacionales. En su proyecto de Constitución de la Confederación Argentina acompañada en la segunda edición de las *Bases*, le atribuye al Congreso, en el ramo de lo interior, la facultad de “reglar la navegación y el comercio interior” (art. 64, inc. 4), y en materia de relaciones exteriores, “la facultad de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras” (art. 68, inc. 4).

En las *Bases*²², exponía en particular que “de todos las industrias conocidas, el comercio marítimo y terrestre es la que forma la vocación especial de la República Argentina. Ella deriva esa vocación de la forma, producciones y extensión de su suelo, de sus portentosos ríos que hacen de aquel país el órgano de los cambios de toda la América del Sud, y de su situación respecto de la Europa. Según esto, la libertad y el desarrollo del comercio interior y exterior

²² JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (Capítulo XVIII) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, p. 88.

marítimo y terrestre, deben figurar entre los fines del primer rango de la Constitución. Pero ese gran fin quedará ilusorio, si la Constitución no garantiza el mismo tiempo la ejecución de los medios de verlo realizado. La libertad del comercio interior, solo será un nombre, mientras haya catorce desmentidos dados a la libertad. La aduana debe ser una y nacional”²³.

Estos antecedentes doctrinarios y legislativos, sumados a la experiencia norteamericana, sin lugar a dudas incidieron sobre el Constituyente del año 1853, que sintetizó el texto alberdiano en una sola cláusula, por cuanto en la Constitución nacional de ese año se estableció que es atribución del Congreso de la Nación “reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (art. 64, inc. 12). Posteriormente, en la Convención del año 1860, se respetó la misma redacción, modificándose en cambio solo su numeración, pasando a ser el inc. 12 pero en este caso del art. 67.

La Reforma Constitucional del año 1949, manteniendo la competencia del Congreso nacional en esta materia, con buen criterio suprimió los términos *marítimo y terrestre*, siendo atribución del citado órgano “reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (inc. 12, art. 68), sin hacer distinción ni disquisición alguna sobre qué tipo de comercio corresponde regular al mencionado órgano. No obstante, cabe recordar también que el golpe de facto de la llamada *Revolución Libertadora* dispuso dejar sin efecto esta última reforma constitucional y de tal modo, declaró vigente la Constitución nacional del año 1853-1860 con las reformas del año 1866 y 1898 inclusive.

Y por último, llegamos a la Constitución nacional del año 1994, en donde si bien el tema referido a la cláusula comercial no estaba inserto en la ley 24.309 de declaración de necesidad de la reforma constitucional, la Convención por su lado dispuso volver sobre los pasos de la historia nacional suprimiendo la referencia al comercio *marítimo y terrestre* tal como se había consensuado en el año 1949. De tal modo se ha actualizado la terminología y se ha hecho que ninguna clase de comercio interprovincial quede excluida de la competencia federal en la materia. Para EKMEKDJIAN esta modificación es

²³ En este mismo sentido la Suprema Corte de los Estados Unidos, describiendo elocuentemente la situación anterior a la Constitución de Filadelfia, advirtió que no puede ser olvidado el estado opresivo y degradado del comercio antes de la sanción de la constitución: “Quienes sintieron la injuria originada por ese estado de cosas y quienes fueron capaces de estimar la influencia del comercio en la prosperidad de las naciones, percibieron la necesidad de dar a un solo gobierno el control de esta importante materia... La lucha económica entre los Estados, la discriminación a favor de las industrias locales, las barreras opuestas a la circulación de los productos, fueron características del régimen confederal, que se quisieron abolir al entregar al Congreso el poder de regular el comercio” (“Brown v. Maryland”).

correcta porque es del caso destacar que el comercio no es marítimo ni terrestre ya que estos calificativos corresponden al transporte que solo es un tipo de acto de comercio²⁴.

VI. LA CLÁUSULA DE COMERCIO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

a) *La terminología aplicada y su sentido constitucional*

Es momento ahora de analizar cuál es la interpretación correcta de los términos *reglar* y *comercio*, y cuál es el alcance que la jurisprudencia y doctrina le ha dado a los mismos, a los efectos de poder desentrañar y resolver la problemática que ronda alrededor de la materia.

Desde el punto del vista del lenguaje ordinario, el vocablo *comercio*, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías” (primera acepción), o en su caso, “comunicación y trato de unas gentes o pueblos con otros” (octava acepción). Desde el punto de vista económico, el comercio integra el conjunto de actividades que se ha dado en llamar el sector terciario para diferenciarlo de los sectores productivos de bienes que conforman los sectores primario y secundario²⁵. No obstante, desde el punto de vista jurídico, y a los efectos de la aplicación de la cláusula del art. 75 inc. 13 que estamos comentando, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el concepto comercio es mucho más amplio.

Así para BIDART CAMPOS²⁶ el término comercio ha sido interpretado en un sentido lato, como todo tipo de tráfico, intercambio, comunicación y tránsito de cosas, personas, mercaderías, ideas e imágenes, la navegación y el transporte, la energía eléctrica e hidroeléctrica, los servicios telefónicos, telégrafos, etc., es decir –agregamos nosotros– todo aquello que en forma directa o indirecta afectan o alcanzan a las relaciones con el extranjero o de las provincias entre sí.

La disposición del citado artículo, expresa SÁNCHEZ VIAMONTE –citado por SPISSO– “tiene gran amplitud, porque no se refiere al comercio en su carácter de acto jurídico únicamente, sino a todas las manifestaciones de la vida económica relacionadas con la prosperidad nacional, es decir, la legislación industrial en todos sus aspectos, las leyes de patentes y marcas, la navegación

²⁴ MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, op. cit., p. 510.

²⁵ ADOLFO GABINO ZIULU, *La cláusula comercial de la Constitución nacional*, op. cit., p. 561.

²⁶ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 134.

marítima y fluvial, el tránsito de mercaderías y de ganado en pie, el crédito, la moneda, el fomento de las industrias, el régimen impositivo que grava la riqueza y su circulación”²⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su lado, ha expresado “el vocablo comercio usado por la constitución americana igual que el nuestro inc. 12 del art. 67 (actual art 75, inc. 13) ha sido interpretado en el sentido de comprender, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles por todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y las transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, ordenes y convenios”²⁸.

En relación al término *reglar* que se utilizó en la constitución histórica y que no fue modificado después, también había discrepancias doctrinales acerca de su extensión. En general, se entiende que reglar no solo abarca la protección y promoción, sino también cualquier restricción o reglamentación, incluso una prohibición. Reglar hace referencia a cualquier acción jurídica que manifieste un poder estatal en ejercicio de funciones públicas, y que de alguna manera u otra, incida en las actividades comerciales.

b) La “cláusula de comercio interjurisdiccional” en sus justos límites

Volviendo al texto constitucional de nuestro país, el art. 75 inc. 13 confiere competencia exclusiva al Congreso nacional para reglamentar el comercio exterior o interprovincial, lo que implica un “ámbito específicamente federal”. Empero, ello no impide –según lo afirma calificada doctrina– que el legislador nacional formule tal regulación mediante normas de derecho común, como el Código de Comercio, e incluso, asigne competencia a la justicia provincial para conocer en estas causas²⁹.

Se advierte por tanto que el texto constitucional habilita al Congreso Federal a dictar con exclusividad toda aquella normativa que tenga como fin establecer, promover, obligar, prohibir y/o cualquier otra reglamentación vinculada con la producción, generación, transporte, distribución, venta y/o comercialización de bienes y servicios cuya actividad económica trascienda en más de una provincia o afecta las políticas nacionales en la materia.

Deducimos, entonces, que la reglamentación del comercio interior de una provincia, es decir, el que no sale de las fronteras de esta, es de resorte

²⁷ RODOLFO S. SPISSO, *Derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 100.

²⁸ Fallos 154: 112, y más recientemente en Fallos 317:397.

²⁹ NESTOR PEDRO SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 673.

de la respectiva legislatura provincial. “Esto se desprende a *contrario sensu*, de este inc. 13 y del art. 126, el que, entre otras cosas, prohíbe a las provincias expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior”³⁰. Para JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, el Congreso no puede intervenir “en nada de lo que, circunscripto a sus propios recursos y bienestar interno, no se halla expresamente conferido al Gobierno Federal. En regla general, el poder de reglamentación del comercio interior de una Provincia, corresponde a ella misma, como en el orden nacional, según se ha establecido en sus constituciones”³¹.

Respalda esta postura, la propia doctrina norteamericana señalando que no todo el comercio se encuentra sujeto a la regulación federal ya que el comercio completamente interno de un Estado puede ser considerado como reservado para el mismo Estado³². Fuera de aquellas materias restringidas a los Estados o de disposiciones vigentes sobre el comercio dictadas por el Congreso Federal, aquellos tienen derecho a prescribir sus propios reglamentos comerciales³³.

Así como el juez MARSHALL, a partir de “Gibbons” concibió a la cláusula de comercio como una oportunidad de consolidar el Estado federal, al igual que reciente jurisprudencia en donde se ha pregonado la necesidad de conformar un solo mercado en todo el territorio, un “mercado común nacional”, un área de “libre comercio” entre los estados o inclusive el mantenimiento de una “unión económica nacional” libre de restricciones interpuestas por los estados, conceptos todos que acercan al proceso integrador que tuvo en miras el constituyente originario al crear un solo país, un solo territorio, un solo mercado; tampoco es menos cierto que es pertinente tener presente que la contracara de la cláusula comercial está dada por el poder de los estados de regular el comercio dentro de su territorio.

Y fue aquí en donde a instancias del *Chief of Justice* TUNEY –a quien se lo puede criticar como el claroscuro de MARSHALL– a partir de “Cooley” surgió la doctrina que consideraba intactas las facultades comerciales de los estados miembros mientras no hubiera una prohibición expresa que las reservara a la materia federal, de manera que en ausencia de un conflicto concreto sobre la regulación de una materia, existe un área residual sujeta al control del estado sobre el comercio interno.

³⁰ MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, op. cit., p. 509.

³¹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina 1853/1860*, vigesimosexta edición (tercera reformada), Estrada, Buenos Aires, 1971, p. 409.

³² DAVID CURRIE, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, Zavala, Buenos Aires, 1993, p. 46.

³³ JAMES KENT y CARLOS MEXÍA, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, Oxford University Press, México, 1999, p. 176.

Desde esta perspectiva, no habría mayores inconvenientes en afirmar entonces que en el supuesto de que cualquier manifestación económica supere los límites interprovinciales, la competencia es por definición federal. Y de igual manera, si una actividad es mixta (concerniente al tráfico intraprovincial y al interprovincial) y de tipo indivisible, cabe reconocer competencia exclusiva para regularla a la autoridad federal.

Ahora bien, cabe preguntarse que sucedería en el caso de que las actividades (cualquiera fueren) no estén en modo alguno interconectadas, o si se quiere, su rango de actuación no supere los ámbitos geográficos locales. Una estricta interpretación de la cláusula de comercio, nos remite indudablemente al ámbito de jurisdicción local. Cuando fuera posible separar la actividad económica intrajurisdiccional de la interjurisdiccional, no se aprecia razón por la cual las primeras deben incluirse también en la jurisdicción federal, sustrayendo a las provincias un poder que estas no han delegado. Suponer lisa y llanamente la jurisdicción federal en estos supuestos, no encuentra sustento legal alguno e importa desconocer las autonomías provinciales en la materia.

La cláusula de comercio junto con los arts. 8 a 12 de la Constitución nacional “buscan asegurar un espacio económico único, libre de trabas fundadas en el hecho de que la circulación de bienes y personas atravesase los límites provinciales, es decir, de aquellas que tengan una inspiración proteccionista a favor de las actividades económicas internas de las provincias contra aquellos bienes y servicios que provienen de las demás. Por dicha razón, tales preceptos liberan y dan garantías al movimiento interprovincial de personas y bienes”³⁴.

Entonces se colige que en el caso de inexistencia de circulación o tránsito, mal puede ser invocada dicha zona económica única e uniforme. El diseño del sistema federal en la Constitución nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que estas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció³⁵.

La Corte Suprema de la Nación ha instaurado desde sus primeros tiempos 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 legislatura de una provincia no pueden ser invalidados sino en aquellos casos que la Constitución concede al Congreso nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos “Argenova S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/acción declarativa”, Causa A. 246. XXXIX, (voto de la Dra. ARGIBAY, cons. 10).

³⁵ Fallos 324:3048.

ejercicio de ellos por estas últimas. Fuera de cuyos casos, es incuestionable que las provincias retengan una autoridad en concurrencia con el Congreso³⁶.

Sin perjuicio de todo lo expresado, reconocemos que nuestro temperamento no es acogido de ese modo por la doctrina ni la jurisprudencia mayoritaria, pues se ha admitido incluso que en materia de comercio interior igualmente se trata de un comercio interprovincial de conformidad con el inc. 13 del art. 75, llegándose al extremo de comprender –erróneamente en nuestro parecer– que “el poder para regular el comercio es propio del Congreso nacional, cuyo ejercicio le corresponde de una manera tan completa como en un país de régimen unitario”³⁷.

MONTES DE OCA justifica estas atribuciones del Congreso afirmando que si se dejase a los Estados particulares la facultad de dictar disposiciones para el transporte e intercambio de mercaderías, no sería difícil ver reproducirse en la época contemporánea el hecho de que los derechos de tránsito mataran la producción industrial del país³⁸.

En resumen, en nuestro sistema federal deben reconocerse cada vez que ello sea posible sin desvirtuar el fin de la unidad comercial, las competencias provinciales. En la Constitución nacional tienen el mismo valor la cláusula de comercio que aquellas que adjudican a las provincias el ejercicio del poder de policía en materias propias no delegadas al gobierno federal, verbigracia el poder impositivo provincial o la regulación de los servicios públicos locales, conforme lo desarrollaremos *infra*.

Pese a ello, el poder federal de regular el comercio –recuerda FRÍAS– ha marginado a las provincias de su conducción económica, y el control jurisdiccional no ha hecho otra cosa que estrechar esa margen ante el temor expresado por la Corte Suprema “de que los particularismos provinciales inicien un retorno a las viejas formas de aislamiento y dispersión que singularizaron a la etapa preconstitucional”³⁹.

³⁶ Fallos 3:131; 137:212; 239:343.

³⁷ Fallos 317:397.

³⁸ MANUEL MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional*, T. II, Imprenta la Buenos Aires, Buenos Aires, 1902, p. 248.

³⁹ PEDRO JOSÉ FRÍAS, *El comportamiento federal en la argentina*, Editorial Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, p. 41.

VII. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LA UNIDAD DE MERCADO

a) El principio constitucional de unidad de mercado

Si analizamos la Constitución Argentina desde una perspectiva económica, el principio que mejor capta su espíritu es el de la unidad de mercado.

Y aquí en particular, no haremos referencia a mercado (o economía de mercado) en un sentido de un orden económico pluricéntrico en el que el poder económico se encuentra descentralizado y desconcentrado, y en que la coordinación de la multitud de agentes de naturaleza económica se realiza en forma espontánea y libre, guiados por los precios, como el principal indicador. Sino por el contrario, siguiendo al español OSCAR DE JUAN ASENJO⁴⁰ tomaremos a la definición de mercado, “como un ámbito territorial en el que los operadores de la economía ejercen sus libertades económicas y donde el proceso económico está sometido a unos mínimos indicadores y regido por unas reglas de juego comunes”.

De ahí entonces la importancia de analizar la cláusula de comercio, pues ella –junto con otros dispositivos constitucionales (verbigracia los arts. 8, 9, 10, 12 y 12)– como una suerte de sistema dogmático integral, define la autonomía económica territorial, y a través de ella, establece la dimensión del mercado receptado constitucionalmente. Cada Estado, haciendo uso de su soberanía política tiene poder para cerrar su mercado externamente e imponer las condiciones internas de funcionamiento.

Esto nos lleva entonces a concluir, junto a GALLI, que no es posible transportar, sin adaptación ni análisis alguno, la cláusula comercial receptada en la Constitución de los Estados Unidos, habida cuenta que esta última no ha incluido las previsiones de las demás normas de la Constitución argentina, en donde el art. 75 inc. 13, en suma con las normas más arriba nombradas, forman conjuntamente el régimen de la libertad del comercio impuesto por nuestra Carga Magna. Nuestro texto constitucional no puede ser interpretado de igual forma que el norteamericano, en donde se ha sostenido que el Congreso de aquel país puede limitar y prohibir el comercio entre los Estados, toda vez que nuestro Parlamento se encuentra imposibilitado para ello porque se lo impide expresamente el sistema de la libertad de comercio impuesto por la Constitución nacional⁴¹.

Así las cosas, el constituyente argentino –rápidamente a través del Preámbulo que asegura constituir la “unión nacional”– ha tenido buen cuidado en asegurar que la unidad del mercado nacional, forjada a lo largo de muchos

⁴⁰ OSCAR DE JUAN ASENJO, *La Constitución Económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 258.

⁴¹ GUILLERMO PABLO GALLI, “La llamada cláusula comercial de la Constitución nacional”, ED-56 (1974), p. 865.

años, no se resquebrajara a consecuencia del reconocimiento de las autonomías provinciales.

De tal manera se ha consagrado constitucionalmente el principio de unidad de mercado, el cual –según el autor español recién citado– posee una dimensión negativa (fuerza delimitadora de las competencias estatutarias) y otra positiva (criterio para la atribución de competencias al Estado).

El límite a las competencias provinciales que derivan de este principio de unidad de mercado se reflejan en la denominada cláusula de comercio interjurisdiccional en cuanto faculta exclusivamente al Congreso de la Nación regular el comercio entre dos o más provincias. En definitiva, todo el texto constitucional articula un precepto que establece un solo mercado, en un único territorio para un solo pueblo.

b) El mercado constitucional y las facultades provinciales

Sin perjuicio de ello, la generalidad del precepto y su amplia redacción denota un instrumento que peligrosamente puede ser usado en contra de las posibilidades provinciales, y de ahí entonces, se encuentra la necesidad de interpretarlo en sus justos términos.

Su objeto no consiste tanto en prohibir la usurpación de competencias de las provincias regulatorias sobre bienes o personas que se encuentran fuera de su territorio, pues esto –a esta altura del análisis– constituye una perogrullada. El dispositivo, más bien, busca delimitar el ejercicio de competencias provinciales para evitar distorsiones a la libre circulación de personas o de bienes en todo el territorio argentino que puedan obstaculizar en forma directa e intencionada, o también, en forma indirecta o involuntaria, el tráfico comercial.

Ahora bien, cabe señalar también, que esa incidencia sobre el mercado que justifica a las provincias la imposibilidad de restringir el comercio, debe ser sustancial y representar un verdadero obstáculo al intercambio comercial, poniendo en peligro verdaderamente la integración comercial y unidad de mercado interno. Pues de lo contrario, podemos llegar al absurdo de considerar que cualquier acto puede tener repercusiones sobre el comercio, y por tal, deberá ser declarado inconstitucional. De esta manera, estaríamos despojando a las provincias de la mayoría de sus competencias. Es una economía nacionalmente integrada, se hace difícil pensar en una sola medida de intervención económica que no repercuta, de una u otra manera, allende de las fronteras locales⁴².

El ejercicio de atribuciones provinciales sobre desarrollo industrial, tecnológico, y promoción económica y social; los regímenes de estímulo a

⁴² OSCAR DE JUAN ASENJO, *La Constitución Económica española*, op. cit., p. 260.

radicación de nuevas empresas; la declaración de utilidad pública de superficies privadas; la preservación del suelo urbano, el ordenamiento del territorio así como en poder de policía ambiental; la política de empleo público; la gestión de los principales servicios públicos provinciales; la administración de los recursos públicos a través de la ley de presupuesto, entre otras, constituyen todas competencias locales que en última instancia inciden sobre la suerte del mercado económico nacional, pero no por ello, puede ser invalidadas bajo la excusa de la obstaculización indirecta del comercio interjurisdiccional. Una interpretación contraria nos llevaría a vaciar de contenido las atribuciones provinciales, y por ello, el mandato del constituyente (art. 121, 125, etc.).

Bajo esta construcción que defendemos encuentra cabida tanto el respeto por la dimensión territorial del mercado y su principio de unidad, como el pleno resguardo a las autonomías locales en asuntos que les son propios. El mismo constituyente ha sido el que ha conseguido el equilibrio entre la protección de los intereses generales con los intereses particulares, otorgando al Congreso de la Nación la reglamentación del comercio interestatal y reservando a la órbita provincial la regulación de las competencias que le incumbe.

VIII. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LOS PODERES DE IMPOSICIÓN LOCAL

Las mayores controversias en nuestro sistema sobre la cláusula de comercio se han suscitado en relación al alcance del poder de imposición de los gobiernos locales. Sin dudas, la vinculación existente entre la referida cláusula de comercio y el ejercicio de facultades tributarias por parte de las provincias y municipios no siempre se desentrañó bajo criterios claros ni precisos, extraídos de una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución nacional que buscara un equilibrio entre los intereses Nacionales y de los estados provinciales, inclusive municipios y comunas.

Tal lo afirmada más arriba, se denomina “cláusula comercial” a la norma del art. 75 inc. 13 que confiere al congreso la facultad privativa de reglamentar el comercio interjurisdiccional. En cambio el poder impositivo, según se sabe, se fundamenta constitucionalmente en sus propias normas que dan lugar a un reparto de atribuciones entre el Estado federal y las provincias, y por ello, parte del poder impositivo es de competencia provincial.

Queda claro, entonces, que la competencia impositiva y la que atribuye la cláusula comercial, son distintas y no deben confundirse, aunque encuentran un solo punto de contacto, toda vez que las provincias no pueden imponer gravámenes a la mera entrada, salida o paso de mercaderías o personas de o por el territorio provincial, lo que se sustenta no tanto en la cláusula de comercio, sino más bien en las previsiones de los arts. 9 a 12 de la Constitución nacional.

No obstante ello, durante mucho tiempo la Corte no hizo el debido deslinde entre una y otra, y en muchos casos absorbió las facultades tributarias provinciales en la cláusula de comercio, interpretando que, como esta adjudica al congreso la facultad exclusiva del reglar el comercio interjurisdiccional (y por tanto prohibido a las provincias), las provincias tenían inhibido el poder impositivo sobre toda actividad relacionada con aquel comercio. Para decir eso —explica BIDART CAMPOS— “es evidente que de dos competencias distintas (la de la cláusula comercial y la impositiva), se formaba una sola, porque si el gobierno federal arrastraba a la segunda porque ejercía la primera, las dos quedaban unificadas, equiparadas o identificadas”⁴³.

De tal manera, en algún momento se interpretó erróneamente la imposibilidad de las provincias o municipios de ejercer sus atribuciones tributarias sobre actividades económicas bajo el pretexto que las mismas afectan al comercio interjurisdiccional, cuya reglamentación es resorte exclusivo del gobierno central.

Esto hasta que la Corte en “Impresit Sideco S.A. c/ Provincia de Buenos Aires” (1980) empieza a utilizar un criterio, correcto en la materia, por el cual se diferencia, a los efectos de validez e invalidez de un gravamen, la competencia federal para reglar el comercio interjurisdiccional de la que se refiere al poder tributario, ya que la Constitución establece una distribución de la potestad tributaria entre el gobierno federal y las provincias, que no puede confundirse con el reparto de atribuciones efectuado a otras materias. Una cosa es por lo tanto la facultad para reglar el comercio interjurisdiccional, y otra muy distinta el poder tributario.

En este orden agrega SPISSO que “si la Constitución atribuye a la Nación facultades para establecer impuestos indirectos en forma concurrente con las provincias, salvo los aduaneros, en los cuales aquella los ejerce en forma exclusiva, y directos, en circunstancias de excepción, y los gobiernos locales para crear tantos impuestos directos como indirectos, a excepción de los referidos al comercio exterior, no es posible que este esquema, sobre cuya vigencia no existen discrepancias doctrinales ni jurisprudenciales, se vea trastocado y desvirtuado por la mera incidencia que un tributo tenga sobre el comercio interjurisdiccional”⁴⁴.

Advirtiendo que la mayoría de las empresas, inclusive la pequeña, desenvuelven sus actividades económicas en más de una jurisdicción, ya sea en el plano interprovincial como en el internacional, si esa circunstancias fuera determinante para atribuirle a la Nación, en forma exclusiva, el poder

⁴³ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 380.

⁴⁴ RODOLFO S. SPISSO, *Derecho constitucional tributario*, op. cit., p. 101.

tributario en relación con el comercio interjurisdiccional, las provincias quedarían desprovistas de todo poder impositivo efectivo y se verían frustradas de lograr sus objetivos fiscales.

Lo que sí está prohibido a las provincias, por imperio constitucional, es establecer aduanas interiores o imponer tributos a la mera circulación territorial, o a la entrada o salida de mercaderías o personas de su territorio, o discriminar en perjuicio del comercio interprovincial. Por el contrario si el gravamen no establece diferencias según el origen del producto y no se constituye como un obstáculo al comercio interprovincial, no puede ser invalidado con fundamento en la cláusula comercial, que por otro lado no puede ser invocada para cercenar facultades no delegadas por las provincias al gobierno nacional.

Además, en el caso de que el tratamiento discriminatorio en disfavor del comercio interjurisdiccional se dé a consecuencia de la múltiple imposición ya sea entre provincias o entre diferentes niveles de gobierno, los Convenios Multilaterales en donde se distribuye entre las distintas provincias la tributación local cuando la actividad intervenga en dos o más jurisdicciones (principalmente a través del impuesto a los ingresos brutos), en el primer caso, y las previsiones establecidas en la ley de coparticipación federal 23.548 que prohíbe a las provincias aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esa ley, en el segundo, definen los perfiles de los impuestos locales con la cláusula comercial, comprendiendo diversos supuestos referidos al comercio interjurisdiccional.

Siguiendo en este punto a SPISSO, podemos dividir la evolución jurisprudencial de la Corte en tres etapas bien concretas:

1.- La primera, que se extiende desde su instalación hasta el año 1966, durante la cual se desarrolla la doctrina tradicional de la Corte, admite respecto del comercio interjurisdiccional el ejercicio de facultades impositivas por parte de las provincias siempre y cuando no condicionen su curso, no discriminen en su contra, o no sometan regulaciones múltiples que obstruyan, obstaculicen o entorpezcan una determinada política nacional. En esta época, empero, se les negó a las provincias el ejercicio de atribuciones tributarias en materia de transporte interjurisdiccional.

2.- La segunda etapa, que el autor citado califica como crítica y que se desarrolló desde el año 1966 hasta 1973, se adopta un criterio rigurosamente centralista al prohibir el ejercicio de las facultades impositivas a las provincias respecto del comercio interjurisdiccional⁴⁵.

⁴⁵ LINARES, adhiriendo a esta doctrina judicial, interpreta que la competencia de reglar el comercio por parte del Congreso nacional implica también facultades de naturaleza tributaria. En su opinión, las atribuciones impositivas de las provincias derivadas de los poderes no delegados a la Nación, reconocen las limitaciones que surgen de lo dispuesto por el art. 126 de

3.- En la tercera etapa, que se inicia en 1973, marca un retorno renovado a la doctrina tradicional del Máximo Tribunal de Justicia, pero ahora extendía incluso para el caso del transporte interjurisdiccional, lo que satisface las exigencias del régimen federal adoptado en la Constitución nacional⁴⁶.

Sin dudas, el innecesario debate jurisprudencial y doctrinario que suscitó la interpretación del dispositivo comentado, no hubiera sucedido si en nuestro texto constitucional hubiéramos receptado una cláusula con la claridad y certeza que otorga el art. 157.2 de la Constitución Española de 1978 en cuanto establece que “Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercaderías y servicios”. Esta resume y resuelve adecuadamente toda la problemática existente entre la vinculación jurídica de la regulación del comercio interno y los poderes de imposición local.

IX. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

a) *El federalismo regulatorio y sus principios generales*

Así como en el apartado anterior buscamos alcanzar un equitativo equilibrio entre las atribuciones impositivas provinciales y la regulación del comercio interprovincial a cargo de la Nación, de igual forma es tiempo ahora

la Constitución nacional y aquellas cláusulas mediante las cuales se ha conferido a la Nación (entre otras) el poder de regular el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí. “La verdad es que —dice el autor citado— el solo hecho de que existan cláusulas como estas dos referidas y las de los arts. 10, 11 y 12, bastaría para que las provincias carecieran de prohibición implícita de competencia para regular las leyes de policía o impositivas y así obstruirla, la manera regulada por el Congreso en cuanto a comercio interprovincial y exterior” (JUAN FRANCISCO LINARES, “El comercio interprovincial y las poderes provinciales en un reciente fallo”, JA 1968-V, 716).

⁴⁶ La Corte Suprema “ha emprendido una saludable reacción en defensa de los principios federales de la Constitución frente al impetuoso avance de los poderes centrales, los que, lenta, pero seguramente, van destruyendo las bases mismas del Pacto Fundamental del Estado Argentino” (GUILLERMO PABLO GALLI, “La llamada cláusula comercial de la Constitución nacional”, ED 56 (1974), p. 865). En efecto, en esta etapa el citado Tribunal ha dejada atrás aquellos años en donde su jurisprudencia que configuraba la recepción de cierta corriente doctrinaria que, con su afán centralizador, pretende despojar a los órdenes locales del poder de recaudación necesario para su subsistencia. La Corte abandona su anterior jurisprudencia por la cual sustraía totalmente del transporte interestatal del poder de imposición local. Una fundamentación más flexible permite arribar ahora a un nuevo punto de equilibrio entre las facultades de la Nación y la de las Provincias, en el marco de una renovada tónica del principio de lealtad federal (AUGUSTO MORELLO, “Los impuestos provinciales y el comercio interprovincial”, JA 1984-III, p. 160).

de definir los justos términos que rondan alrededor del ejercicio del poder de policía (cualquiera fuese su tipo o materia) por parte de las provincias, por un lado, y la regulación de la prestación de los servicios públicos de competencia federal, por el otro.

Con esa intención, entonces, recordaremos el principio general de deslinde de funciones entre Nación y provincias en materia de servicios públicos, y la importancia que la cláusula de comercio ha tenido al respecto. Para después descifrar cual ha sido el criterio jurisprudencial aplicado por la Corte Suprema de Justicia con el propósito de desentrañar este nuevo conflicto competencial.

Con sustento en lo dispuesto por los arts. 1, 121 y 122 de la Constitución nacional, se entiende que la regla que impera en esta materia es que, en principio, por tratarse de cuestiones que ingresan en el marco de las facultades autonómicas no delegadas, corresponde a las provincias la competencia para la creación y reglamentación de los servicios públicos⁴⁷.

Por lo tanto, la jurisdicción competente para crear, organizar y suprimir servicios públicos, a modo de principio general, es provincial, ya que la Nación ha adoptado para su gobierno la forma representativa republicana y federal, lo que supone una descentralización de tipo política entre distintos niveles de gobierno⁴⁸.

De allí entonces se constituyen como servicios públicos de naturaleza provincial o local, los servicios públicos de agua y saneamiento, el transporte de naturaleza intraprovincial e intermunicipal, ferrocarriles (art. 75 inc. 18) el servicio público de distribución de energía eléctrica (según el distrito), a lo que cabe agregar la regulación de las concesiones de obra pública (tanto viales como edilicias), ya que estas –en muchas provincias– se encuentran sujetas al mismo marco regulatorio que los servicios públicos.

Por el contrario, la Nación solo tiene facultades excepcionales, ya que a ella solo le cabe regular los servicios que expresamente (transporte marítimo y fluvial –art. 12 y 126–; correo –art. 75 inc. 14– y ferroviario –art. 75 inc. 18–) o implícitamente (aeropuerto, electricidad, gas, telecomunicaciones –art. 75 inc. 13–) el constituyente le ha encomendado⁴⁹. También se ha invocado para

⁴⁷ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, AbeledoPerrot, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, 2011, p. 73; TOMÁS HUTCHINSON (director), *Tratado jurisprudencial y doctrinario Derecho Administrativo. Servicios públicos*, T. 1, Vol. 5, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 34.

⁴⁸ JOSÉ LUIS CORREA, “Servicios públicos municipales”, La Ley Gran Cuyo online.

⁴⁹ ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, “La competencia para la regulación de los servicios públicos”, en *Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho*, Edic. RAP, 2004, p. 287; del mismo autor, “Servicios públicos en el constitucionalismo provincial”, en *Derecho público provincial y municipal*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Volumen III, 2ª edición actualizada, La Ley, Buenos

sustentar esta regulación y gestión excepcional por parte de las autoridades nacionales la denominada cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, de naturaleza concurrente), las facultades implícitas del Poder Legislativo y en menor medida, el art. 75 inc. 30 que autoriza al Congreso nacional legislar en los establecimientos de utilidad nacional.

Sin perjuicio de esta aludida excepcionalidad, “la experiencia argentina demuestra que esta afirmación es más teórica que real, ya que en estas materias como en otras tantas se ha producido un profundo proceso de absorción de facultades reglamentarias por el Gobierno federal”⁵⁰.

Agrega DROMI que un servicio originalmente local, puede adquirir rango nacional por estar interconectado ya sea por razones económicas o técnicas, “es decir, que un servicio que nació local, al conectarse con otras provincias, adquiere estatus nacional, como, por ejemplo, el servicio telefónico, o de gas, o el servicio eléctrico”⁵¹. De tal manera, numerosos servicios que comenzaron siendo locales terminaron conectándose y ello motivó su ascensión por el gobierno federal, primero mediante su reglamentación y luego con su prestación por medio de entidades descentralizadas⁵².

Aires, 2007, ps. 684 a 688, y finalmente, “Servicios públicos en el constitucionalismo provincial”, en ANTONIO M. HERNÁNDEZ (director), *Aspectos jurídicos e institucionales del Federalismo Argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2011, ps. 235 y ss.; Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Contenciosa Administrativa, 14/05/2008, “Ceruti de Pepi, Carolina c/ Provincia de Córdoba”.

⁵⁰ PABLO ESTEBAN PERRINO, “Distribución de competencias entre el Estado Federal, las Provincias y los Municipios, para la regulación de los servicios públicos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, LexisNexis, N° 14, año 2002, ps. 37 y ss.; y del mismo autor, “Distribución de competencias entre el Estado Federal y las Provincias para la regulación de los servicios públicos”, en JUAN CARLOS CASSAGNE (director), *Servicio público y policía*, El Derecho, Buenos Aires, 2006, p. 286.

⁵¹ JOSÉ ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 5ª edición, Buenos Aires, 1996, p. 538. En relación al sistema eléctrico, puede profundizarse en JAVIER INDALECIO BARRAZA, *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 815 y ss.

⁵² En una interpretación restrictiva y minoritaria, RAFAEL BIELSA, bajo el seudónimo de PRÓCULO (La Ley, 123 (año 1966), p. 431), expresó que “si un servicio provincial, como es una red de teléfonos, o de tranvías o de suministro de energía eléctrica, que ha funcionado largos años bajo ese régimen y luego se une por una vía o un cable, al de la provincia, no por eso la Nación puede destruir la principal con el pretexto de que se comunican servicios de dos provincias. Lo que entonces puede reglar la Nación es exclusivamente esa conexión pero no las tarifas locales establecidas por el legislador provincial... Si no fuese así la Nación sería como el rey Midas, que todo lo que tocaba lo convertía en oro, aunque con una gran diferencia, como ocurre en el caso de los teléfonos, que todo lo que tocaba la Nación lo convierte en más oneroso y arbitrario (desde luego en esos servicios)”.

Al igual que como se lo ha manifestado en relación a la globalización⁵³, la interconexión aparece inicialmente como un hecho, es decir, algo que simplemente se ha dado, de tal manera que se manifiesta originalmente como un fenómeno que como tal no ha sido impuesto por norma alguna sino que se ha impuesto por sí mismo (por los acontecimientos propios de la prestación), aunque después sí se recepte jurídicamente.

Desde nuestra perspectiva, entendemos que la centralización de los servicios públicos en la Argentina tuvo mucho veces su origen en los cambios tecnológicos o en las modalidades concretas de suministro⁵⁴ toda vez que la necesaria e indispensable interconexión y vinculación científica (ej. telecomunicación, radiodifusión, etc.) justifica la regulación federal.

En materia de energía eléctrica, por ejemplo, de conformidad surge de la legislación aplicable, se puede decir que se encuentra dentro de la jurisdicción provincial todo aquello relacionado con la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica llevado a cabo en el territorio de la provincia que se trate⁵⁵. Pero cuando quien tiene a su cargo la prestación entra en contacto con agentes del Mercado Eléctrico Mayorista, las relaciones regulatorias que surgen de tal vinculación caen de lleno en la órbita de la jurisdicción nacional, resultando aplicables las leyes 15.336 y 24.065, como así también las disposiciones reglamentarias dictadas en consecuencia⁵⁶.

En tal sentido, se ha señalado con acierto que la regulación de los servicios públicos importa un verdadero proceso de integración, en el que se relacionan aspectos económicos, físicos y jurídicos⁵⁷. En el plano económico, el operador procura llevar a cabo la actividad maximizando sus beneficios y minimizando sus costos. El aspecto físico, se refiere a las infraestructuras afectadas a la prestación del servicio, que pueden o no, involucrar distintas jurisdicciones según el área en la que se proyecta la actividad. Y finalmente, el ámbito jurídico se refiere a los marcos normativos que tienden, en suma, a trasladar todas las eficiencias provenientes de los sectores naturalmente monopólicos y competitivos al usuario final del servicio.

⁵³ ROMÁN A. UEZ, *La globalización y los problemas regulatorios. Aspectos generales y experiencia argentina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 19.

⁵⁴ OSVALDO PRITZ, "La reforma constitucional y los servicios públicos", en JORGE SARMIENTO GARCÍA y otros, *La reforma constitucional interpretada*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 213 y ss. (en part. p. 217).

⁵⁵ JUAN C. DONCEL JONES, "Energía eléctrica. Cuestiones sobre jurisdicción local y federal", *La Ley*, 1997-C, p. 1261.

⁵⁶ RUBÉN A. BARREIRO, *Derecho de la energía eléctrica*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 926.

⁵⁷ ISMAEL MATA, "Procesos de integración en la prestación y regulación de los servicios públicos", en AA.VV., *Servicios públicos*, Ediciones Diké, Foro de Cuyo, Mendoza, 2001.

No obstante, debemos reconocer que la problemática de la distribución de potestades regulatorias entre la Nación y las provincias no ha obedecido solamente a consideraciones normativas o fundamentos de interconexión técnica, sino que por el contrario, se explican en gran parte por la evolución histórica previa al proceso privatizador operado en la Argentina en el marco de la ley 23.696 de Reforma del Estado. En efecto, comenta MASSIMINO, las empresas de servicios públicos que pertenecían al Estado nacional son reguladas a nivel federal, independientemente de la zona geográfica en la que se desarrolla la actividad regulada; mientras que las empresas que eran de propiedad de las provincias son reguladas en el ámbito provincial⁵⁸.

En este orden de ideas, la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) explica –justificado quizás, agregamos nosotros, por el impacto de la cláusula de comercio interprovincial (art. 75, inc. 13, CN)– que “no resulta natural que un servicio de alcance provincial sea regulado fuera de esa jurisdicción, ni que un servicio de alcance nacional sea regulado localmente. Por ello, la división de tareas que en principio parece más razonable es asignar, al gobierno nacional, la regulación de los servicios públicos que afectan a varias jurisdicciones (vgr. el transporte interprovincial) y a los gobiernos locales (vgr. estatales o provinciales), la tarea de regular los servicios que afectan a los consumidores en su jurisdicción”⁵⁹.

Conforme esta pauta, el principio rector en materia de servicios públicos es que corresponde a los estados locales, siempre que los efectos de la regulación y/o el alcance de las actividades en concreto se desarrollen en el territorio de la provincia que se trate. Pues, por el contrario, de verificarse dicha interjurisdiccionalidad en cualquiera de estos planos, se despliega la cláusula de comercio atribuyendo competencia a la jurisdicción federal⁶⁰.

En definitiva, concluimos que, sin lugar a dudas, de todas las preceptos constitucionales mencionados, la cláusula de comercio ha sido la que más relevancia ha tenido para justificar la regulación por parte del Gobierno federal

⁵⁸ LEONARDO MASSIMINO, “El régimen federal y los servicios públicos: los problemas del “federalismo regulatorio”, op. cit., p. 703.

⁵⁹ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), “El federalismo regulatorio”, en *La regulación de la competencia y los servicios públicos*, Buenos Aires, 1999, p. 62.

⁶⁰ SANTIAGO CARRILLO, “Expropiación de territorios nacionales por las provincias. Los trapitos al sol en el federalismo”, en AA.VV., *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, ps. 133 y ss. (en part. p. 137). Ver también, GABRIELA A. STORTONI, “Federalismo y servicios públicos”, en AA.VV., *El Derecho Administrativo Hoy. 16 años después*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, ps. 113 y ss. (en part. p. 118).

los servicios públicos, la cual –como se dijo– confiere en forma privativa al Congreso la facultad de reglar el comercio entre provincias⁶¹, y por lo tanto, quedará en manos de las provincias el comercio completamente interno de un Estado. Sin embargo, también existe certeza que la fuerza expansiva de la cláusula de comercio no alcanza para revertir el principio general de la competencia provincial y la hermenéutica de excepción federal en materia de servicios públicos.

b) Articulación de las facultades locales ante los servicios públicos federales

Suscita continuamente controversias la manera en que debe articularse las facultades locales, en especial las tributarias y reglamentación de derechos (poder de policía del tipo que sea), respecto de los servicios públicos de regulación nacional.

Y aquí es adecuado sentar una primera aclaración: es pertinente reanalizar los poderes impositivos provinciales en relación con la prestación de servicios públicos federales en un apartado distinto al desarrollado más arriba, toda vez que la Corte se ha mostrado muy reacia en convalidar imposiciones locales cuando estas gravan –o pudieran entorpecer– la prestación de servicios públicos de naturaleza federal.

Además, algunos marcos regulatorios federales han establecido que los prestadores de servicios públicos de orden nacional se encuentran eximidos de abonar impuestos provinciales y municipales, como el sector de telecomunicaciones (art. 39, ley 19.798), Por ello, entonces, se justifica un apartado diferente de estudio a los fines de interpretar sus justos términos.

Pero cabe recordar asimismo, junto a PERRINO, que también es cierto que “la existencia de facultades de la Nación para la reglamentación de un servicio no significa que las provincias o los municipios carezcan de las potestades de tributación o de policía sobre dichas actividades”. La competencia federal sobre una actividad jurisdiccional, o en los que la Nación ha intervenido, “no significa su federalización o la creación de un ámbito de impunidad que libere a dicha materia de los poderes locales. En efecto, las provincias y

⁶¹ MARÍA GRACIELA REIRIZ, “La jurisdicción nacional en el sector eléctrico”, en AA.VV., *Jornadas jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, Ente Nacional Regulador de Electricidad, Buenos Aires, 1995, ps. 178 y ss.; AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, 5ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, ps. XV-20 y ss.

los municipios pueden ejercer sus facultades propias, pero claro está, siempre y cuando respeten los límites impuestos por el texto constitucional”⁶².

Pasemos revista a una compilación casuística de la principal jurisprudencia que demuestra la prevalencia de los servicios públicos federales, por sobre la suerte de las atribuciones locales.

– En “The United River Plate Telephone v. Provincia de Buenos Aires”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la tasa provincial de inspecciones de sociedades anónimas entendiendo que, gravar una propiedad de la concesionaria local, ubicada en el estado que creó el impuesto, no afectaba el comercio interestatal, cuando el pago no es condición previa al derecho de realizar operaciones y su percepción queda librada a los medios ordinarios para el cobro de impuestos, máxime cuando el gravamen no tenían un carácter desproporcionado o confiscatorio como para impedir o trabar el intercambio de comunicaciones.

– Años más tarde, le tocó resolver un caso –“Laboratorio Suarry” (6/5/1942)– por el cual la actora impugnó una multa aplicada a la actora por parte del Consejo Médico de Rosario por no haber pedido autorización para publicar un aviso en la guía telefónica destinada a los servicios de telefónicos de Santa Fe, Buenos Aires y Córdoba. La Corte consideró que el poder de policía de la provincia había interferido en el cumplimiento de una concesión nacional y declaró que si cada provincia en donde se prestara el servicio pretendiera controlar los avisos de una guía telefónica confeccionada para tres de ellas, perturbaría un aspecto esencial del servicio público de teléfonos como es la precisamente la publicación de guías.

– De cara a la ley provincial por la cual la Provincia de Buenos Aires estableció un impuesto mensual por cada aparato telefónico de la empresa que gozaba de una concesión nacional, la respuesta de la Corte fue contundente. Invocando los arts. 10, 11, 12, 67 inc. 12 y 13 (hoy 75 inc. 13 y 14), 101 (hoy 121) y 108 (hoy 126) de la Constitución nacional hace lugar a la demanda y advierte que tratándose de un impuesto –no de una tasa– que no es general a las actividades comerciales sino especial y directamente referente al funcionamiento de teléfono, su inconstitucionalidad era evidente (“Provincia de Buenos Aires v. Cía. Unión Telefónica”).

– Resulta curioso y de indudable valor práctico, las circunstancias fácticas que rodearon el caso “Compañía Argentina de Teléfonos S.A. c/ Provincia de Mendoza” (28/11/1963). El Poder Ejecutivo Nacional dictó un Decreto por el cual autorizaba a las empresas prestatarias a establecer un recargo transito-

⁶² PABLO ESTEBAN PERRINO, “Distribución de competencias entre el Estado Federal y las Provincias para la regulación de los servicios públicos”, op. cit., p. 294.

rio de 50% sobre las tarifas telefónicas. La provincia de Mendoza, por su lado, sancionó una ley por la cual disponía la fiscalización de la empresa actora por el Poder Ejecutivo provincial y dejaba sin efecto ese aumento tarifario para las comunicaciones interurbanas dentro de su territorio. Sucedió que la red de telefonía, originariamente nació bajo una concesión local y posteriormente fue conectada con las existentes en otras provincias y la red general de país, convirtiéndose entonces en una empresa de regulación nacional.

En estas circunstancias, la Corte hace lugar a la demanda, afirmando que: *a)* las comunicaciones telefónicas se hallan sujetas a la jurisdicción nacional porque ellas constituyen e integran el sistema de postas y correos y tienden a promover la prosperidad del país entero y el adelanto y bienestar general; *b)* la jurisdicción nacional comprende a las empresas telefónicas que prestan servicios interprovinciales también en aspectos locales de su tráfico, pues este es inescindible del comercio nacional de la empresa; *c)* el origen local de la conexión para la explotación de dicho servicio no obsta su ulterior nacionalización por las autoridades federales; *d)* luego de la conexión de un servicio telefónico local con una red nacional se hace difícil, sino imposible, admitir la subsistencia de una parte aislada con destino excesivo al ámbito local⁶³.

– Algo parecido ocurría en “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA) v. Municipalidad de Ensenada” (9/2/1968), en donde el servicio de electricidad tuvo génesis en una concesión (ex CADE) de la Ciudad de La Plata (la cual es sucesora del partido de Ensenada), y que –por su interconexión con la Capital Federal y demás partidos bonaerenses– el servicio fue federalizado. La Corte, reconociendo la atribución del Congreso de la Nación en la materia, desconoce competencias municipales para la aprobación de tarifas y regulación del mencionado servicio público.

– En la causa “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General de Pico” (27/2/1997), la Corte negó la constitucionalidad de los tributos municipales que gravan el uso del espacio público aéreo porque se entendió que se oponían a lo dispuesto en el art. 39 de la ley de telefonía que declara exento de todo gravamen el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo de dominio público nacional, provincial y municipal.

⁶³ Un antecedente de este precedente puede encontrarse en “Compañía Argentina de Teléfonos c/ Provincia de Santiago del Estero” (14/7/1961, Fallos 250:154), en donde Ministro OYHANARTE expresa que el ejercicio de las autonomías provinciales no debía exceder el ámbito que le corresponde, pues de lo contrario “el poder central queda privado de los medios que la Constitución quiso confiarle para que asegurara la integridad de la Nación, esto es, para que garantizara su existencia como una realidad concreta, omnicomprensiva, capaz de contener dentro de sí a todos los habitantes del país unificados en comunidad de vida e intereses”.

– Sin embargo el citado Tribunal, por tratarse de tributos que pertenecen a la esfera de las facultades no delegadas a la Nación y que su ejercicio no tornó imposible la adecuada prestación del servicio, ha declarado en forma invariable la validez de las tasas municipales de seguridad e higiene sobre los servicios de jurisdicción nacional. En esta línea se adscriben los fallos “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de Chascomus” (18/4/1997) y “Edenor c. Municipalidad de General Rodríguez” (5/10/1999).

– En igual tenor, la Corte en materia de caminos nacionales, reivindicó la competencia de las municipalidades de provincia en lo referente a labrar actas de paralización de obras y a exigir el cumplimiento de normas complementarias en las adyacencias de la autopista (“Operadora de Estaciones de Servicio c. Municipalidad de Avellaneda”, 28/4/1998). De estos pronunciamientos se extraen, sin dudas, la ratificación del poder de imposición municipal en materia del tributo de tasa de alumbrado, barrido y limpieza, aunque recaigan en empresas concesionarios de servicios públicos de otras jurisdicciones.

– En la causa “Hidroeléctrica El Chocón S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (1/7/1997)”, la accionada gravó el consumo industrial y comercial de energía eléctrica a quienes tenían su asiento fuera de la provincia de Buenos Aires, eximiendo de su pago a los usuarios industriales y comerciales de su jurisdicción. La actora que no se encontraba sujeta a este beneficio, solicitó que se declare la nulidad de tal medida, y la Corte, por su lado, hizo lugar al planteo argumentando que la discriminación resultante del régimen aludido importa en los hechos una barrera aduanera que entorpece la libre circulación en detrimento de lo dispuesto en los arts. 9, 10 y 11 de la CN.

Además, “aun cuando la disposición impugnada se funda en razones de política económica...sus consecuencias parecen exceder las facultades propias que corresponde reconocer a los estados provinciales a fin de impulsar el desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas al gravar la mercadería de manera diferencial”. Este pronunciamiento más tarde fue citado también en “Buenos Aires, Provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa” (5/12/2000). Y finalmente, años después en la causa “Bora S.C.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad” (3/8/2010), donde la demandada había establecido un gravamen sobre el consumo industrial y comercial de energía eléctrica eximiendo por decreto a usuarios y prestadores que operaban en la Provincia de Buenos Aires pero alcanzando a los de otras provincias, la Corte hace lugar al pedido de inconstitucionalidad y repetición de tributos.

– “Líneas de Transmisión del Litoral c/ Provincia de Corrientes” (18/10/1999): el conflicto se generó al momento que la Provincia de Corrientes dictó una normativa local mediante la cual modificó el trazado de la línea

de transmisión de la actora prestataria del servicio público de transporte energía eléctrica a los efectos de atenuar el impacto visual y la pérdida del valor paisajístico, y reguló todo lo atinente a la preservación del medio ambiente, su conservación y defensa.

El Máximo Tribunal, después de recordar que la prestación del servicio público de electricidad está incluida en la expresión de comercio (art. 75 inc. 13 CN), entiende que la accionada carece de facultades para intervenir en la transmisión de energía a través de una línea cuya construcción y mantenimiento fue adjudicada a la actora. Y con respecto al poder de policía ecológico, admite que –si bien existe un principio de jurisdicción compartida entre Nación y Provincias en la materia– estas deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional.

– En la Causa “Telefónica de Argentina c/ Provincia de Río Negro” (28/4/1998), frente a una ley de esa provincia a que imponía a la empresa prestataria la obligación de instalar contadores de pulso domiciliarios a costa de aquellos usuarios provinciales que los requieran, la Corte desestimó dicha medida local argumentando que las comunicaciones telefónicas interprovinciales están sujetas a la jurisdicción nacional, sin que quepa admitir una escisión que implique la subsistencia de una parte aislada del servicio local, de modo que la reglamentación del mismo debe ser general y emanar del Congreso.

– Con respecto al control de los servicios públicos interprovinciales por parte de los estados locales, la Corte dictó dos pronunciamientos en donde se delimita con claridad las poderes regulatorios de la Nación y las Provincias. Primero, en “Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza” (25/11/2003), decidió que la ley de Mendoza que prevé la obligación de la licenciataria de adoptar las medidas técnicas y administrativas tendientes a la emisión de facturas con discriminación de las llamadas realizadas, a solicitud y sin gasto para el usuario, constituye un indebido avance de la provincia sobre la facultades delegadas a la Nación, habida cuenta que se introduce en la regulación y control de aspectos referidos a la organización y funcionamiento del servicio telefónico, de atribución exclusiva del Gobierno Federal, así como la competencia asignada a los órganos nacionales para la aprobación de tarifas y los modos de facturar el servicio.

Y después en “Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza” (23/12/2004) declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial de defensa del consumidor que disponía la competencia de la Dirección de Fiscalización y Control de la provincia de Mendoza para entender en una denuncia por publicidad engañosa relativa a la prestación del servicio público telefónico, por considerar que se producía un nuevo avance sobre las facultades que

las provincias delegaron a la Nación, dado que también se introduce en la regulación y control de aspectos referidos a la organización y funcionamiento del servicio telefónico de competencia exclusiva del Gobierno Federal, así como la competencia asignada en este caso a la Comisión Nacional de Comunicación para controlar la prestación de esos servicios.

– En “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Río Negro, provincia de s/ acción de inconstitucionalidad” (7/10/2008), el accionante solicita se declare la nulidad de una ley dictada por la demandada por la cual elimina el cobro por conexión o retiro de medidores y cualquier otro tipo de multas por facturas adeudadas por servicios de gas mientras dure la emergencia económica provincial, toda vez que a su juicio lesiona el régimen jurídico nacional sancionando por el Congreso de la Nación en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 75 inc. 13, 18, 19 y 30 de la Constitución nacional. La Corte, haciendo lugar a la demanda y trayendo a colación los casos “Telefónica de Argentina S.A.” antes citados, señala que es improcedente legislar sobre aspectos regulatorios confiados al Gobierno Federal, como lo es la prestación del servicio público de distribución del gas.

– La causa “Línea 22 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa” (27/4/2010) es trascendente por la riqueza argumental ofrecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí la actora promovió demanda a fin de obtener la inconstitucionalidad del impuesto a los sellos que la Provincia de Buenos Aires le reclama a esta sobre el permiso de concesión otorgado por la Secretaria de Transporte de la Nación, argumentando que: *a)* presta un servicio público de transporte interjurisdiccional de pasajeros sujeto a la legislación nacional y sus tarifas son fijadas por dicha autoridad sin contemplar en su cálculo la incidencia del tributo exigido; *b)* el gravamen local configura un supuesto de doble imposición reñido con el segundo párrafo del inc. *b)* de la ley de coparticipación federal, encontrándose la actora sujeta al impuesto de ganancias; *c)* no perfecciona el hecho imponible porque no existe contrato con la Secretaria de Transporte, sino más bien un permiso gratuito que puede ser revocado en cualquier momento, y por ello, no otorga derechos adquiridos.

La Corte, hace lugar a la demanda, argumentando que:

a) el transporte interjurisdiccional resulta alcanzado por los poderes que el art. 75 inc. 13 de la CN confiere al gobierno central, y por ello, la normativa que dicta en su consecuencia debe ser adecuadas por parte de las provincias en los términos del art. 31 del mismo texto legal;

b) el Tribunal, citando su par norteamericano, ha sentado el principio de “inmunidad impositiva recíproca entre el Estado nacional y las provincias”, por el cual los instrumentos, medios y operaciones a través de los cuales el gobierno nacional ejercita sus poderes están exentos de impuesto

por los estados, al mismo tiempo que los instrumentos, medios y operaciones que se valen las provincias para ejercitar sus poderes que les pertenecen, están exentos de impuestos por el gobierno nacional;

c) que la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno requiere que la excepcional restricción de las potestades nacionales o provinciales obedezca a una real obstaculización o interferencia en el ejercicio de aquellas atribuciones que se intenta preservar, es decir, que medio “un efectivo entorpecimiento a la marcha de la institución”;

d) que en la coordinación armónica de intereses que se genere entre concedente y concesionario no es posible concebir la intromisión de otra autoridad soberana con facultades impositivas que rompa el equilibrio existente y hagan imposible la continuación de tales servicios;

e) la pretensión impositiva provincial ocasiona una clara interferencia en el curso de acción del gobierno nacional ya que incide en las líneas que lo componen;

f) y por último, finaliza recordando que el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial, sin que ello implique subordinación de los estados parte al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general. Este criterio fue ratificado mas tarde en “Transporte Automotores Plusmar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires” (25/10/2011).

– En “Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Pueyrredón s/repeticón” (23/10/2010), en donde la citada compañía solicitaba la devolución de lo abonado en concepto de derecho de ocupación o uso de espacios público y el planteo de nulidad de la ley nacional que se lo impedía, la Corte –haciendo suyos los argumentos de la Procurador General de la Nación– señaló que “el tributo aquí debatido constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incs. 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la Constitución nacional), importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicios público, y en definitiva lesiona palmariamente el principio de supremacía legal del art. 31 de la Constitución nacional”.

– Más cerca en el tiempo, la Corte en “Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (C.A.M.M.E.S.A.) c/ Chubut, provincia del s/medida cautelar” (7/12/2010), en donde la demanda pretende gravar con el impuesto a los ingresos brutos las actividades comprendidas en el objeto social de la actora, y de tal forma, interfiriendo en el cumplimiento de sus responsabilidades y conculcando la normativa federal, hace lugar a la acción ordenando a la demandada que se abstenga de ejecutar el citado impuesto.

– En “Argenova S.A. c/ Provincia de Santa Cruz- acción declarativa”, el Máximo Tribunal federal declara la inconstitucionalidad de la ley 2632 de la provincia de Santa Cruz, en cuanto exige -para la concesión de permisos de pesca por parte de la autoridad administrativa local- que la tripulación de los buques pesqueros esté constituida, en un cincuenta por ciento, por ciudadanos argentinos que tengan más de dos años de residencia permanente en esa provincia. Explicó la Corte, entre otros no menos importantes argumentos, que la pesca se encuentra relacionada, de forma directa y vital, con fines federales de máxima jerarquía, de modo que encuadra sin esfuerzo en la regulación del comercio contenida en el art. 75, inc. 13 CN, comprometiendo su ejercicio industrial en condiciones operativas que van desde la captura hasta el procesamiento y comercialización nacional e internacional del producto.

– Más recientemente, en “Logística La Serenísima S.A. y otros c/ Provincia de Mendoza” (14/2/2012), dicha compañía interpuso acción declarativa de certeza, con una medida cautelar de no-innovar, en contra de leyes de esa provincia que habían creado un sistema de fiscalización higiénico-sanitaria de los productos lácteos y derivados en tránsito federal y establecieron una tasa por el servicio de inspección que debe ser abonado al momento de recibir el servicio, y en forma previa a su liberación para el consumo masivo de la población, impidiendo así la libre circulación de esas mercaderías en el territorio nacional, lo cual afecta, el comercio interjurisdiccional y, por ende, resultan violados los arts. 9, 10, 11 y 75 inc. 13 de la Constitución nacional.

El Máximo Tribunal federal, por su lado, analizando la admisibilidad de la medida cautelar, entiende que resulta suficientemente acreditadas la verosimilitud en el derecho y la configuración de los presupuestos establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación para acceder a dicha medida “en tanto la provincia de Mendoza pretende realizar inspecciones higiénico-sanitarias de los productos elaborados en otras jurisdicciones e ingresadas a su territorio para su comercialización, en lugares distintos al previsto en esos efectos en el Sistema Nacional de Control de Alimentos, estos es, en las “bocas de expendio” (art. 19 del decr. 815/99)”.

– En la causa “Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A. (E.D.E.N.S.A.) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro” (6/3/2012), la empresa impugna resoluciones del ENRE por las cuales exigen que dicha empresa cobre a un gran usuario la tarifa regulada en normas federales, mientras en su opinión corresponde aplicar la tarifa provincial ya que ambos agentes –distribuidor y gran usuario– desarrollan su actividad dentro de las jurisdicción provincial y que, por lo tanto, la cuestión debe ser resuelta por el Organismo de Control de la Energía de Buenos Aires (OCEBA).

Para la Corte “la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la del expresión ‘comercio’ art. 75, inc. 13, como así también en los incs. 18 y 30 de este artículo. Ello justifica [...] el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados a través del sistema argentino de interconexión, como así también por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía”.

Así las cosas, del análisis jurisprudencial se advierten, por lo tanto, una serie de criterios a seguir para determinar cuándo una ley local afecta competencias federales en materia de servicios públicos⁶⁴. Así comprendió que ello se daba:

1.- cuando la Constitución nacional, en términos expresos, concede al Congreso nacional la facultad exclusiva de regulación de un servicio público;

2.- cuando el ejercicio de tales poderes, han sido expresamente prohibidos a las provincias;

3.- cuando, a pesar de corresponder a atribuciones concurrentes entre Nación y provincias, existe una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio por parte de estas últimas;

4.- de la misma manera, cuando una ley local dictada en el ejercicio de competencias que les son propias, entorpece o obstaculiza los objetivos fijados en la normativa dictada por el Congreso⁶⁵.

De allí entonces, es conveniente concluir que la regulación y control de los servicios públicos federales, no obsta en absoluto los poderes locales en materias que les son de su competencia tales como el poder de policía societario, reglamentación de actividades profesionales, impuestos provinciales, tasas municipales, facultades ambientales, control y regulación de prestación de servicios públicos, en la medidas que ello no interfiera las competencia del Congreso.

Aunque vemos que en cuestiones de servicios públicos nacionales, la Corte –dictaminando sobre la validez de los poderes locales– ha sido celosa aplicando criterios más estrictos al momento del análisis del *test de no interferencia* –lo que podría ser definido como una suerte de inmunidad de estos servicios públi-

⁶⁴ Estos mismos criterios de delimitación de competencias entre el Estado federal y las provincias aparecen en los primeros precedentes de la Corte Suprema. Así, tales reglas fueron elaboradas en “Don Domingo Mendoza c/ Provincia de San Luis”, del año 1865 (Fallos 3:131). Ver al respecto, MARÍA ANGÉLICA GELLI, “Competencia nacional, provincial y municipal en materia de poder de policía”, en *Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Edic. RAP, 2004, ps. 645 y ss. (en part. p. 650).

⁶⁵ CARLOS F. BALBÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 668.

cos y no así en otra actividad comercial encuadrada en la cláusula de comercio—, cabe señalar también que en todos los casos se extrae que la imposibilidad de cobrar gravámenes locales existe siempre y cuando estos constituyen una real dificultad en la prestación del servicio federal.

X. PALABRAS FINALES

En los poderes remanentes e indefinidos de las provincias estaba la parte principal del Derecho Público argentino, pero —se pregunta FRÍAS— ¿que ha ocurrido para que hoy, al contrario, nos parezcan tan instrumentales y secundarios? Para el maestro cordobés, han ocurrido tres “accidentes” en el proceso federal argentino, que son bien conocidos por todos: *a)* se han desarrollado las virtualidades centralizadoras de los poderes delegados; *b)* han mediado distorsiones del federalismo; *c)* ha cambiando, deformándose, la infraestructura socioeconómica.

Para el autor citado, “en primer lugar, el cambio social y técnico ha desarrollado, a veces inesperadamente, ciertos poderes delegados a la Nación. El inc. 13 del art. 75 es un ejemplo bien conocido de los países descentralizados: la jurisdicción federal sobre el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí lleva consigo todas las formas de comunicación interjurisdiccional con su enorme importancia como tecnoestructura”⁶⁶.

⁶⁶ PEDRO J. FRÍAS, “El proceso federal argentino, su situación actual. Autonomía y dependencia”, en ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ y GUILLERMO E. BARRERA BUTELER (coordinadores), *Derecho público provincial*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 117.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina