



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

101

“AMX ARG. SA. c/ Municipalidad de San
Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad”.

A 75043

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a esta Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, interpuesto por el Fiscal General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza el recurrente, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de dicho asiento judicial, de fecha 14 de septiembre de 2017, por la cual se decide hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar el pronunciamiento de primera instancia y, declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley 13133 (fs. 82/86; 88/101; 302, CPCC).

I.-

Previo, a proceder al análisis del recurso, se describirán los hechos que motivan mi intervención.

a) El señor Zenón Antonio Portillo López se presenta el 20 agosto del año 2014, ante la Dirección de Defensa al Consumidor y Lealtad Comercial, dependiente de la Secretaría de la Producción y Desarrollo Económico de la Municipalidad de General San Martín, con el objeto de formular “*una denuncia*” contra la empresa “*Claro*” (AMX Argentina SA), por la que manifiesta que el servicio de su línea telefónica funciona de manera errática, no pudiendo utilizarlo para su fin principal, que cuenta con otras líneas en las cuales tampoco puede hacer uso de internet, negándose la empresa a su cambio (v. expediente administrativo 4051-13448-D-2014, fs.1/2, en adelante, “*expte. adm.*”).

b) El día 15 de septiembre de igual año, se llevó a cabo una audiencia entre el denunciante y AMX Argentina SA, por la cual ratifica la denuncia y manifiesta “...*que el equipo ya no lo posee y centra su reclamo en el mal servicio brindado...*” (v. fs.16, expte. adm.).

En dicha oportunidad precisa: “... *el día sábado sufrió el bloqueo de la línea y del equipo, que es propio*”; para continuar: “*Por ende fija su pretension en el desbloqueo del equipo de manera urgente y la baja de todas las líneas (6) sin cargo alguno*” (v. fs. 16, expte. adm.).

En fecha 2 de octubre, también del año 2014, realiza el Sr. Portillo López una nueva presentación, dando cuenta de la persistencia en el incumplimiento (v. fs. 18, expte. adm.).

Fijada, nueva audiencia para el día 6 de octubre de 2014, la denunciada manifiesta que “...*deberá dirigirse a un centro de atención al cliente a realizar la reconexión de las líneas para poder realizar las verificaciones correspondientes...*”. Añade: “*Mientras se realizan las verificaciones como atención comercial se ofrece la bonificación de 2 meses de abono adelantado para las líneas ...*”.

El recurrente, por su parte, ratifica su denuncia y manifiesta el menoscabo que viene sufriendo por parte de la empresa y solicita se sancione, con la máxima expresión de la Ley 24240. Peticiona asimismo, que se lo beneficie con la figura, del “*daño directo*” (v. fs. 20, expte.adm.).

c) El Director de Comercio y Defensa del Consumidor de la Secretaría de la Producción y Desarrollo Económico de la Municipalidad de General San Martín, con fecha 31 de octubre del año 2014, resuelve imputar a AMX Argentina SA, por la infracción de las normas de defensa del consumidor consagradas en los artículos 42 de la Constitución Argentina, 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; y de los artículos 4 y 10 bis de la Ley 24240 (v. fs. 22/28).

Asimismo, le adjudica la responsabilidad de afrontar la suma que se determine, en razón de lo dispuesto por el artículo 40 bis de la Ley 24240;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

se le hace saber que, en el plazo de cinco días hábiles a partir de la notificación, deberá presentar el descargo y ofrecimiento de pruebas (v. arts. 1 a 3 de la mencionada resolución, fs. 22/28, expte. adm.).

d) AMX Argentina SA, por apoderado, presenta el descargo en fecha 13 de noviembre de 2014 (v. fs. 31 a 37 vta. del expte. adm.).

En dicha oportunidad, explicó los datos y vínculos con el Sr. Portillo López, la cuentas afectadas y su estado actual.

Rechaza incumplimientos y detalla lo propio, en cuanto a cada línea y que *"...el reclamo que dio inicio a las presentes actuaciones ya se encuentra totalmente solucionado, por lo que ninguna obligación resta cumplir en cabeza de mi mandante"* (v. fs. 32 vta., *in fine*, del expte. adm.).

Subraya la inexistencia de infracción al artículo 4 de la Ley 24240.

Agrega, *"...en el auto de imputación se ha señalado que la supuesta infracción al Art. 4 obedece a que mi mandante no habría brindado información al denunciante el por qué no funcionaba su celular y no poseía señal para utilizarlo para su función principal"* (v. fs. 33 del expte. adm.).

Al respecto recalca, *"... que la solicitud de servicio signada por el cliente al momento de adquirir el servicio y la cual se encuentra disponible en nuestra página oficial..."*, contiene todos los datos exigidos por la normativa (fs. 33 del expte. adm.).

A ello suma, que la empresa *"...pone en conocimiento del cliente las condiciones y términos de contratación del servicio para análisis y estudio, antes de contratar el servicio, entre los que constan..., las características y alcances de la línea otorgada"*.

Aclara: *"No obstante ello, si la usuaria hubiese tenido alguna inquietud con respecto a las condiciones establecidas en el contrato, podría haberse comunicado de manera gratuita al *611, en donde se hubiesen evacuado la totalidad de sus consultas"*. (fs. 33, expte. adm.).

Considera errónea la interpretación efectuada al artículo 4 de la ley, por cuanto haría referencia a la información que debe brindarse a los consumidores en relación al bien o servicio que pretenden adquirir, de modo tal, que pueden realizar un *“juicioso análisis sobre la conveniencia de la contratación”* (v. fs. 33vta. del Expte. adm.). Cita doctrina.

Manifiesta que se habría demostrado con el detalle de consumo acompañado, que el servicio habría funcionado con normalidad. Continúa: *“Una simple variación de la señal no puede ser considerada como incumplimiento a la normativa aplicable”* (v. fs. 33vta. del expte. adm.).

Insiste, que el reclamo que dió origen a estas actuaciones, ya se encuentra totalmente solucionado, no restando ninguna obligación pendiente de cumplimiento (v. fs. 33 vta./34 del expte. adm.)

La firma pasa a referirse a la inexistencia de incumplimiento del artículo 10 bis de la Ley 24240.

Al respecto señala: *“Tal como se ha expresado a lo largo del presente responde, recibido el reclamo por parte del Sr. Portillo es que procedimos a poner a su disposición distintas alternativas para la resolución de los inconvenientes planteados”*. Aduna, que en su oportunidad, se le trasmite las distintas propuestas conciliatorias (v. fs. 34 del expte. adm.).

Niega que en el caso, se diera el presupuesto exigido por el artículo 10 bis, el que transcribe, en lo pertinente. Cita doctrina.

La empresa sostiene que no cabe admitir una disconformidad normativa por parte de la usuaria, cuando lo que perseguiría la ley sería procurar acercar a las partes, partiendo del supuesto de que las mismas no se encuentran en igualdad de condiciones en el mercado, de modo de producirse, un desequilibrio.

Continúa exponiendo, que ello no podría implicar que los consumidores puedan optar por cumplir con las previsiones legales o no, como tampoco, podrían hacerlo los proveedores, puesto que ello arrojaría inseguridad jurídica, siendo que, de los hechos surgiría, que en todo momento se habría cumplido con las previsiones legales y del contrato.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Invoca la inexistencia de responsabilidad de su parte.

Añade que no obstante ello, “...*con fines conciliatorios es que hemos emitido las notas de crédito...disminuyendo de esta manera el saldo a pagar por el cliente*” (v. fs. 35 del expte. adm.).

Luego pasa a solicitar la inaplicabilidad del artículo 40 bis de la Ley 24240, invoca, su inconstitucionalidad.

Luego de transcribir dicho precepto en lo propio, expresa: “...*que resulta erróneo pretender imputar a mi mandante por la presunta infracción al Art. 40 bis por cuanto el mismo resulta establecer un plus indemnizatorio a fijarse en el supuesto de que se hubiera acreditado, previamente la infracción a la ley 24.240, es decir, que no puede existir una infracción al Art. 40 bis en los términos efectuados...*” (v. fs. 35, expte. adm.)

Advirte que no se habría demostrado la existencia de un daño ni por parte de la administración, ni por el reclamante, y ello debería ser suficiente, a los fines de dejar sin efecto la fijación de una indemnización.

Refiere que la inconstitucionalidad de tal precepto devendría como consecuencia, de la competencia asignada a la Administración, que por manda de la propia Constitución Nacional resultaría reservada, a la esfera judicial (v. fs.35 vta. del expte. adm.).

Afirma que la Administración carece de competencia para juzgar cuestiones relativas a la responsabilidad civil entre particulares. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y recuerda lo normado en los artículos 99, 100, 109 y 116 de la Constitución Argentina (v. fs. 36 del expte. adm.).

Destaca, que es un principio fundamental de nuestro sistema político la “*division de poderes*”, y a ella, hace referencia, como también, a la revisibilidad judicial de las decisiones administrativas adoptadas, en esta materia.

Afirma: “...*no es posible pretender sostener una imputación por supuesta infracción al Art. 40 bis por cuanto el mismo no contempla una situación que deba ser cumplida por los proveedores sino que resulta, en última instancia, una posibilidad a evaluarse a la hora de sancionar al proveedor, es decir,*

una vez que se haya confirmado la existencia de una infracción o bien, en última instancia, debería haber indicado que en caso de verificarse la infracción a determinado artículo de la ley 24.240 correspondería la aplicación del Art. 40 bis, indicando la relación de causalidad, daño, etc. y monto que considera la Autoridad que correspondería aplicar” (v. fs. 36 vta., expte. adm.).

Afirma que, nada de ello habría ocurrido y la imputación, debería reputarse nula, de nulidad absoluta e insanable.

Realiza un recordatorio en relación a la materia contravencional y su diferencia con lo penal para abogar por la aplicación de los principios y garantías del derecho penal y procesal; cita jurisprudencia.

Entiende, que surgiría con claridad que la conducta imputada resultaría infundada y podría ser encuadrada en el “*principio de insignificancia*” (v. fs. 36vta. del expte. adm.). Menciona doctrina, sin indicación de fuente.

Por último expresa que, “...*para el hipotético caso ...que entendiera comprobados los incumplimientos..., necesariamente deberá coincidir en la evidente ‘insignificancia’ de esos pretendidos daños e incumplimientos, al menos, para reducir el monto de la multa impuesta a una adecuada proporción*” (v. fs. 37 del expte. adm.).

Además, acompañó cinco anexos, prueba documental (v. fs. 37, del expte. adm.).

e) El Director de la Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor, produce su informe a fs. 47/49, dando por concluido el sumario.

Por su parte, la Secretaría de la Producción y Desarrollo Económico, Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor de la Municipalidad de General San Martín, en fecha 6 de abril del año 2015, resuelve a tenor de lo actuado en el expediente N° 4051-13448-D-2014, imponer a AMX Argentina SA la sanción de multa por la suma de pesos ocho mil (\$ 8.000.-), por considerar acreditado que dicha empresa habría violado lo dispuesto en los artículos 4 y 10 bis de la Ley 24240 (v. resolución 070/2015, fs. 50/58 del expte. adm.)

Asimismo, ordena el depósito dentro del plazo de los diez



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

días de su notificación; aclara que la falta de pago “...*hará exigible el cobro mediante ejecución fiscal por vía de apremio...*” (v. art. 1º; fs. 57, expte. adm.).

En el artículo segundo de dicho acto, se aplica la sanción de multa por la suma de pesos cuatro mil (\$ 4.000) “...*en concepto de daño DIRECTO a favor del DENUNCIANTE Portillo Lopez Zenón Antonio, ... lo cual deberá acreditar en un plazo de 10 días hábiles*” (v. fs. 57 del expte. adm.; las letras en mayúsculas, pertenece al original).

f) La empresa AMX Argentina SA, por medio de apoderado, presenta “*recurso de apelación*” contra la Resolución N° 070/2015.

Como “*planteo preliminar*” solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley 24240 y del artículo 70 de la Ley Provincial 13133. Normas, que transcribe.

Sostiene que lo preceptuado resultaría “...*absolutamente conculcatorio del derecho de propiedad de mi mandante*” y “*un acto lesivo del derecho de defensa en juicio y [del] debido proceso [al] pretender que esta parte cumpla con una sentencia que no se encuentra firme y que es posible de ser revocada por el Organo Judicial*” (v. fs. 37vta.).

También afirmó, que ello conllevaría un dispendio de recursos, no sólo económicos, sino también judiciales y materiales por cuanto de revocarse correspondería la devolución del dinero depositado, con más intereses y costas (v. fs. 37vta.). Cita jurisprudencia que, detalla, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, y del fuero en lo Contencioso Administrativo de la Provincia, a los fines de demandar la inconstitucionalidad de los preceptos invocados (Arts. 45 de la Ley 24240 y 70 de la Ley 13.133; v. fs. 38/40).

Pasa a referirse a los antecedentes de hecho y de derecho.

Sostiene la improcedencia de la multa aplicada, como así también, de la indemnización en concepto de daño directo impuesta en favor del señor Portillo López, por incumplimiento a los artículos 4 y 10 bis de la Ley 24240.

Bajo el título “*Agravios*”, invoca la improcedencia de la

sanción por supuesto incumplimiento de los artículos 4 y 10 bis de la Ley 24.240. Fundamenta e invoca la inaplicabilidad del artículo 40 bis, también, del mencionado cuerpo legal.

Más adelante, señala los vicios que poseería el acto administrativo recurrido, a saber: ausencia de causa, ya que, desde su punto de vista, *“...lo verdaderamente importante es que en ningún momento Claro incumplió con la normativa vigente ni con las condiciones pactadas...”* (v. fs. 44vta.); ausencia de motivación, toda vez que, *“El organismo interviniente no basó sus aseveraciones en elementos concretos que sustenten la base fáctica necesaria como para que se tengan por acreditadas las violaciones imputadas....”*. Para agregar: *“Ello, por cuanto, como se ha dicho, resulta un evidente exceso sancionar ... por las supuestas infracciones a la Ley 24.240 que, en un intento forzado, el Organismo ha intentado hacer valer”* (v. fs. 44vta.).

En forma supletoria, y en el *“improbable e hipotético”* caso de ser confirmada la decisión de sancionar a la empresa, agregó que la invalidez del acto atacado se sustentaría en su *“manifiesta arbitrariedad al momento de evaluar los dichos y pruebas aportadas por las partes y la notable desproporción entre la conducta desplegada por mi mandante a lo largo del proceso y la sanción decidida en su contra”* (fs. 45 y su vta.). Insiste sobre la aplicación del principio de insignificancia.

Par finalizar, acompaña prueba documental, y deja planteado el caso federal (v. fs. 46).

g) Dispuesta la intervención de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa de San Martín, se declara incompetente en razón del grado, y gira los obrados a la Receptoría General de Expedientes de ese Departamento Judicial, a sus efectos (v. fs. 46vta.; 47/48 y 55 y vta.)

La causa queda definitivamente radicada en el Juzgado Contencioso Administrativo Nro. 1 de San Martín. (v. fs. 56)

Remitidas las actuaciones a la Fiscalía de Cámara de San Martín, el Fiscal Departamental Adjunto produce vista, entiende que, el pedido de inconstitucionalidad debería ser rechazado (v. fs. 57 y 58/61).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Manifiesta que el instituto del *solve et repete* ha sido objeto de análisis a lo largo del tiempo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Refiere que, el concepto ha ido evolucionando, advierte diversas justificaciones para su aplicación (v. fs. 58vta.)

Cita entre otras decisiones judiciales, lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia en la causa: "*Herrera*", en la cual se trata y resuelve de la inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley 11477.

Al respecto señala: "*...que en el presente caso, si bien se trata del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma es en el marco de las leyes 13133, y 24240 (t.o. 26361), específicas en la materia de derecho del consumidor*" (v. fs. 59).

Considera, que es un ámbito particular, en el cual, la inclusión del pago previo de la multa responde a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra, en una situación desigual ante la empresa y a la usual, menor cuantía de los asuntos involucrados.

Transcribe el artículo 70 de la Ley 13133 y expresa: "*...se puede afirmar, que carece de invocación y mucho menos acreditación de elementos que justifiquen la causal eximente especialmente prevista*" y agrega que, el peticionante, tenía la posibilidad de invocar el perjuicio que el pago de la multa le arrojaría (v. fs. 59vta.)

Luego de afirmar que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última *ratio* del ordenamiento jurídico, aconseja, que el planteo en traslado debería rechazarse, y que tales consideraciones resultan también aplicables respecto del llamado "*daño directo*" del artículo 40 bis de la Ley 24240.

h) Dispuestos los autos para resolver, se dicta sentencia por el titular del Juzgado de primera instancia, quien decide rechazar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 13133, -efectuado por la parte actora AMX Argentina SA- y la intima, a acreditar el pago del monto de la multa fijada, a la orden de la autoridad que la dispuso y a presentar el comprobante de

depósito en el término de cinco días (v. fs. 62 y 63/66).

i) Contra esta última decisión el apoderado de la empresa AMX Argentina SA, interpuso recurso de apelación (v. fs. 67/70vta.).

j) Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, se expide, ratificando lo expuesto en su anterior intervención (v. fs. 71 y 72/74vta.).

Expresa: "*Claramente la aquí actora, en tanto operadora profesional de un sistema telefónico en forma habitual, lejos se encuentra de verse impedida de acceder a la jurisdicción por imposibilidad de pago de una multa*" (v. fs. 73)

Y agrega: "*...el planteo pretende desvirtuar el sistema protectorio que adoptara nuestro país a nivel constitucional, nacional y provincial, amparándose en excepciones dictadas en favor de individuos que hubieran quedado en estado de indefensión, para evitar mostrarse frente a la sociedad civil como un sujeto de derecho más acatador de normas que el estado tiene la obligación de imponer, acostumbrado tal vez a los habituales abusos que su posición dominante en los mercados le garantiza*" (v. fs. 73). Cita jurisprudencia y realiza diversas apreciaciones, en cuanto a la relación de consumo, involucrada.

Recuerda que la trascendencia otorgada por los convencionales constituyentes y los legisladores redactores del Código Civil y Comercial de la Nación, impone asumir, por parte de los órganos estatales, un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectúe una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo (v. fs. 74 y su vta.)

Propicia el rechazo del recurso interpuesto y, hace saber, ante la naturaleza de los derechos y garantías debatidos, la eventual potestad de recurrir ante las instancias pertinentes (v. fs. 74vta.).

k) La Cámara de Apelación en lo Contencioso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Administrativo con asiento en San Martín dicta sentencia haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley 13133 (v. fs. 82/86).

II.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras, (v. fs. 87 y 87vta.), el Fiscal General del mencionado departamento judicial, resuelve interponer, contra lo así decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad (v. fs. 88/101).

a) Respecto a la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley Orgánica 14442 del Ministerio Público, establece en su artículo 10 que poseería *"...legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales"* (v. fs. 88 vta.).

A su vez puso de resalto lo expresamente determinado en la Ley 13133 (*"Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios"*), cuyo artículo 27 *"impone al Ministerio Público su actuación OBLIGATORIA como Fiscal de la Ley -concordante con el art.52 de la ley Nacional 24.240, según texto de la ley 26.361"* (fs. 88vta./89, las letras mayúsculas, se corresponden con el original).

Finalmente, considera que esta intervención, *"...no es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional"* (v. fs. 89).

b) Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad,

manifiesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigios (v. fs. 89 vta/90.).

c) Hace referencia a los antecedentes, para pasar al análisis de la sentencia, en crisis.

Expone que: “... el magistrado que vota en primer término (al que adhiere el restante) efectúa un análisis minucioso de los antecedentes, de los fundamentos de la sentencia de primera instancia y sobre todo de los agravios invocados por la actora en su apelación...”, pero, “...ni siquiera mencionó el contenido de la vista evacuada por este Ministerio Público...” (v. fs. 91).

Agrega que el Tribunal cita varios antecedentes posteriores al caso “*Flora, Elena Noemí*”, a los que considera análogos y en los cuales, se habría declarado la inconstitucionalidad del mismo artículo, aquí impugnado.

Al respecto, manifiesta el valor relativo de los antecedentes citados, en razón de tratarse de actos ajenos al Departamento Judicial de San Martín, y al Ministerio Público, quien no habría contado con su intervención; aclara que, de haberse provocado, hubieran merecido igual reproche (v. fs. 91 vta.).

Por otra parte refiere, que la sentencia omite efectuar un relato pormenorizado de los extremos fácticos que acrediten la analogía predicada.

Aduna que el Tribunal concluye que: “...el requisito de pago previo de la multa cuya impugnación judicial se pretende, importa la vulneración de las garantías constitucionales que aseguran un juicio con carácter previo a la condena y garantizan la tutela judicial continua y efectiva, así como el acceso irrestricto a la justicia”; con cita de los artículos 10 y 15 de la Constitución local (v. fs. 91vta.)

El recurrente sostiene que los antecedentes invocados por la Cámara de Apelación no resultarían “...vinculantes ni relevantes para la resolución del presente caso”, por lo que solicita a V.E. que “...case dicha sentencia, por violatoria de textos legales expresos, afectando derechos y garantías amparados constitucionalmente” (v. fs. 92).

Sostiene que la sentencia atacada: “...enarbola una serie de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

principios indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revisión judicial de las resoluciones administrativas...que invitan a acompañar la decisión” (v. fs. 92).

Pero, a continuación expone que, sin embargo, desconoce expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio (v. fs. 92 vta.). Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re “Rodríguez Pereyra”* (2012), en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Refiere que “No solo no presenta la peticionante argumentos, sino que reconoce que la norma no le genera perjuicios y el propio sentenciante lo admite, horadando de esta manera la legitimidad del acto jurisdiccional en crítica...” (v. fs. 93).

Luego pasa a invocar la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa: *“Si bien no existe, expresada en términos absolutos, doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existe respecto de la integración normativa de la materia”* (v. fs. 94). Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

Hace saber que, el sentenciante solo destina una carilla al desarrollo de los fundamentos por los cuales entiende que, el presente caso es análogo a otro precedente del mismo órgano, y que desinterpetaría la doctrina legal, normativa y doctrinaria, en la materia.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica

que el concepto habría evolucionado; advierte “...diversas justificaciones para su aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudicaba, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa, el origen de la deuda que se recurría (si era fiscal o multa)” (v. fs. 95).

Explicitó “...que efectivamente, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas” (fs. 95).

Opinó que el criterio actual del Máximo Tribunal de la Nación avalaría la constitucionalidad del “*solve et repete*”, excepto cuando “...sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica”; “cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago”; “cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder”; y finalmente “...cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio” (v. fs. 95vta.).

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa “*Orígenes AJFP SA*” (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera que el último antecedente se remonta al caso: “*Herrera, Anibal R.*” (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 11477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, fue declarada la inconstitucional del precepto “...por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público” (v. fs. 95 vta., *in fine*).

Añade, que en el presente caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo es, en el marco de las leyes 13133, y 24240, específica, en la materia de derechos del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, “...la inclusión del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

pago previo de la multa, respondió principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados” (v. fs. 96).

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a “...un *aggiornamento con la legislación nacional, que recordemos respeta la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones...*” (v. fs. 96). Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente “*Herrera*”, por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa fundó la sentencia, “...*a todas luces se diferencia el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso*” (v. fs. 96vta).

Agrega, que en el presente proceso, se trata de una operadora de telefonía, proveedora habitual de dicho servicio, que no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción (v. fs. 96 vta.).

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, “*Flora, Elena Noemí*”; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto al pago previo de la multa en el “*Derecho del Consumidor*”, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza “*esencialmente tuitiva*”, que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados (v. fs. 97).

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por

hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, “...*el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales*”. También destaca el régimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obligación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encuentran “...*las normas impugnadas por la Cámara, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumple una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores*” (v. fs. 97 vta./98).

Pasa a señalar, la omisión de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional, difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debió expresar con total precisión, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal, vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la Ley 13133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, *"...revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC"* (v. fs. 99vta.).

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "Cuevas" (2010), se impone una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revisión judicial en la instancia contencioso administrativa, de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la Ley 48; fs. 100vta.).

III.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín (v. fs. 103/vta. y 108), fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

Soy de la opinion, que podría, ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- El presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad, tal como fuera indicado, fue interpuesto por el Fiscal General de San Martín, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo también, con sede en San Martín, del día 14 de septiembre de 2017, que hizo lugar al recurso de apelación presentado por la empresa AMX Argentina SA, revoca la sentencia de primera instancia y declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley 13133 (art. 302 del CPCC; fs. 67/70 y 82/86).

2.- En forma previa, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (conf. “Fallos”, “Cine Callao”, T. 247:121, 1960- y sus citas; “Mill de Pereyra”, T. 324:3219, 2001).

Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. “Fallos”, “Lapadu”, T. 327:5723, 2004).

De tal manera, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, correspondería, prescindir de estas últimas para su resolución (conf. “Fallos”, “Comisión Liquidadora...”, T. 300:1029,1978; “Banco Europeo para América Latina”, T. 305:1304, 1983).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma, sólo puede ser declarada, cuando la violación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. “Fallos”, cit., “*Mill de Pereyra*”).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de sostener que, “...*la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación*”; “...*cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera*”; y que “...*la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad*” (conf. “Fallos”, “*Rodríguez Pereyra*”, T. 335:2333, 2012 y “*Codina*”, T. 337:1403, 2014).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (“Fallos”, “*García*”, T. 256:602, 1963; “*Rattagan*”, T. 258:255, 1964; “*Moris de Lococo*”, T. 297:108, 1977; “*González, Ramón A.*”, T. 299:368, 1977; “*Olguin Digregorio*”, T. 300:352, 1978; “*Chapla*”, T. 301:410, 1979; “*Paredes*”, T. 302:355, 1980, “*Aceval Pollacchi*”, T. 334:799, 2011, entre otros).

3.- Ahora bien, tal como fuera expresado, la Cámara de Apelación, al haber hecho lugar al recurso, declaró la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 13133.

Por medio de este artículo, se dispuso que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor “*agotarán la vía administrativa*”; se estableció un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que deberá ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dictó y en “*todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante*”.

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque tuvo en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (CSJNA, “*Fallos*”, “*ERCON SA*”, T. 338:1524, 2015).

Puntualizo, que el Máximo Tribunal de la Nación ha resuelto, en varias oportunidades, que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran como regla general el principio de igualdad y el de la inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, “*Fallos*”, “*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*”, T. 261:101, 1965; “*Pérez, Rolando*”, T. 278:188, 1970; “*Brigido*”, T. 280:314, 1971; “*Jockey Club de Rosario*”, T. 287:101, 1973, “*Compañía de Circuitos Cerrados S.A.*”, T. 328: 3638, 2005 y, más reciente en tiempo “*GIABOO SRL y Otro*”, sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

En forma excepcional, en el supuesto de que la parte pueda verse perjudicada en forma grave, desde el punto de vista patrimonial con este pago previo, la regla anteriormente expuesta podría ser mitigada (CSJNA, “*Fallos*”, “*ADELPHIA SAIC*” T. 285:302, 1973; “*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)*”, T. 319:3415, 1996; “*Asociación Israelita de Beneficiencia y Socorros Mutuos Ezrah*”, T. 322:337, 1999; “*Agropecuaria Ayui SA*”, T. 322:1284, 1999; “*López Iván A.*”, T. 323:3012, 2000; “*Centro Diagnóstico de Virus SRL*”, T. 328:2938, 2005, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, “*Fallos*”, “*COINOR*”, T. 198:463, 1944; “*Ramo*”, T. 236:582, 1956;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“*María E. Guerrero de García SRL*”, T. 243:425, 1959; “*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*”, T. 272:30, 1968; “*ADELPHIA SAIC*”, cit.; “*García, Ricardo M*”, T. 287:473, 1973; “*Barbeito*”, T. 291:99, 1975; “*Nación*”, T. 295:314, 1976; “*Soc. Anón. Expreso Sudoeste (SAES)*”, cit.; “*Agropecuaria Ayui SA.*”, cit.; “*López Iván A.*”, cit., entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirmó este criterio al sentenciar en la causa “*Edenor S.A.*”, distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos, de los predicados por el artículo 40 bis de la Ley 24.240 y afirma: “*Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso*”, “*Fallos*”, T. 340:878 (2017).

En el asunto “*Microómnibus Barrancas de Belgrano*” (“*Fallos*”: 312:2490, 1989) se estableció que el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8º, inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- es equivalente, en relación con el principio *solve et repete*, a las excepciones que contemplan situaciones concretas de los particulares a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, a causa de la falta comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio” (cc., “*Fallos*”, “*Agropecuaria Ayui SA*”, cit.; SCJBA, cc., A 71910, “*Agrotransporte CONESA SA*”, sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto “a”, voto del Señor Juez Hitters).

En la causa “*Agropecuaria Ayui SA*”, el Máximo Tribunal expresó que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente (“*Agropecuaria Ayui S.A.*”, cit.).

Por su parte, V.E. también ha seguido ese criterio en varios

pronunciamientos (SCJBA, causas B. 65684, "Albezan S.R.L. y otros", res., 24-08-2005; B. 64768, "Aguas Argentinas", res., 27-09-2006; B. 56707, "Carba", sent., 23-04-2008; B. 65727, "Kel", res., 29-09-2010).

Por último, el propio artículo 70 "in fine" de la Ley 13133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante".

Cabe destacar que, quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretension, tiene la carga de acreditarlos, y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "Fallos", "Feuermann", T. 331:881, 2008).

4.- Por lo expuesto, y no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago, o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable, y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (artículo 18 de la Constitución Nacional; artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. debería hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, 27 de marzo de 2018.

Julio M. Conte Grand
Procurador General

