



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

“Wal Mart Argentina SRL c/
Municipalidad de José C. Paz s/
Pretensión anulatoria”

A 75.445

Suprema Corte de Justicia:

Viene la presente causa a esta Procuración General a los efectos de que emita dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal General del Departamento Judicial de General San Martín, Dr. Marcelo Fabián Lapargo, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, de fecha 16 de mayo de 2018, por la cual se decidió revocar el pronunciamiento de primera instancia y declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133 (v. fs. 180/186 y 192/205).

I.-

El Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de San Martín decidió rechazar la medida cautelar solicitada, e intimó a la parte actora a que “...acredite en autos el pago del monto de la multa fijada en la suma de pesos cien mil (\$100.000) con más la suma de doscientos dos con cincuenta (\$ 202, 50) en concepto de Tasa Administrativa a la orden de la autoridad que la dispuso y a presentar el comprobante del depósito, en el término de cinco días...” (v. fs. 148/152vta.).

Previamente, a fs. 141vta., se ordenó correr vista al Ministerio Público Fiscal de conformidad con lo previsto por el artículo 27 de la ley 13.133, siendo contestada a fs. 143/145, entendiéndose el Fiscal que debían ser rechazadas las impugnaciones constitucionales.

La parte actora, ante lo decidido, interpuso recurso de apelación (v. fs. 158/169), corriéndose nueva vista al Agente Fiscal quien mantuvo y amplió los conceptos antes vertidos (v. fs. 170 y 171/175).

La Cámara en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, por un lado, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y revocó la sentencia de grado; por el otro, declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133 con comunicación a la demandada de que se abstenga de la ejecución de la multa impuesta (v. fs. 180/ 186).

Tal decisión fue impugnada por el Fiscal General del Departamento Judicial de San Martín mediante recurso extraordinario de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 299 del CPCC (v. fs. 192/205).

II.-

Al recurrir, efectuó su fundamentación en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

Asimismo, abordó la legitimación del Ministerio Público.

Al respecto, afirmó que estaba habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la ley 14.442 del Ministerio Público, como parte integrante del Poder Judicial, establece en su artículo 10 que posee “...*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. 192 vta.).

A su vez, puso de resalto lo expresamente determinado en la ley 13.133 (“*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...*” (v. fs. 193).

Finalmente, consideró que esta intervención por parte del Ministerio Público, “...*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*



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

derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional...” (v. fs. 193).

Analizó la sentencia de la Cámara de Apelación, y los fundamentos vertidos por el juez preopinante, cuya solución fue acompañada por los otros magistrados.

Al respecto, el representante del Ministerio Público afirmó que los antecedentes citados en la sentencia de segunda instancia no serían de aplicación y que no le asistiría razón al tribunal al sostener que las multas carecerían de naturaleza tributaria, por no integrar *“recursos normales del sistema”* (v. fs. 196).

Sostuvo que los antecedentes invocados por la Cámara de Apelación no resultarían *“...vinculantes ni relevantes para la resolución del presente caso”*, por lo que solicitó a V.E. que *“case dicha sentencia, por violatoria de textos legales expresos, afectando derechos y garantías amparados constitucionalmente...”* (v. fs. 196 vta.).

En lo que se refiere al principio del *“solve et repete”*, explicó que el concepto habría evolucionado, *“...advirtiéndose 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. 199).

Explicitó: *“...podemos afirmar 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...”* (v. fs. 199).

Opinó que el criterio actual del Máximo Tribunal de la Nación avala la constitucionalidad del *“solve et repete”*, excepto cuando *“...sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica...”* o cuando *“...exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago...”* o *“...su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos*

persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder... ”; o finalmente en el caso de “...se afiance en forma suficiente el monto del litigio...” (v. fs. 199 vta.).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., consideró el caso “*Herrera, Aníbal*” (I. 3361), oportunidad en la que se trató la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, referente al pago previo de una multa a un contribuyente que habría carecido de habilitación para alquilar botes, en materia pesquera (v. fs. 199 vta.).

Afirmó, la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 de la ley 13.133 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. 200).

Por ello entendió, que el precedente “*Herrera*”, por cuya doctrina la Cámara Contencioso Administrativa fundó la sentencia cuestionada, “...*a todas luces se diferencia el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso...*” (v. fs. 200 vta.).

Agregó, que “...*en modo alguno nos encontramos con una persona física cuyo derecho de defensa se encontraba en juego, sino que se trata de una empresa trasnacional, distribuidora y comercializadora de bienes a través de hipermercados, proveedora habitual de dichos servicios, que no sólo omitió la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente, especialmente prevista y, habría reconocido, que tal requisito no le habría impedido acceder a la jurisdicción...*” (v. fs. 200 vta.).

Afirmó que, a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la ley 13.133, lo recaudado con 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...*” (v. fs.202).

De allí dedujo que lo recaudado por el municipio “...*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*



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

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. 202).

III.-

Luego de ser concedido el presente recurso extraordinario, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar (v. fs. 212; 302, CPCC).

IV.-

Adelanto que he de propiciar que se haga lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General.

Para ello he de atender a lo ya dictaminado por esta Procuración General, entre otras causas, en A 75.043 “*Amx Argentina SA*”, de fecha 27 de marzo del presente año (cc. A 74.883, A 74906, A 74.886, todas, dictámenes, 07-XII-2017, A 75006, 28-XII-2017, A 75043, 27-III-2018; art. 302 del CPCC).

1.- 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).

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



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

2.- Ahora bien, tal como fuera expresado, la Cámara de Apelación, al haber hecho lugar al recurso, declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

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).

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



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

Por último, el propio artículo 70 “*in fine*” de la ley 13.133 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 pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, 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).

V.-

Por lo expuesto, considero que 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 (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría 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, *Civa* diciembre de 2018.

Julio M. Conte Grand
Procurador General

