"TELECOM PERSONAL SA c/ Municipalidad de Vicente López s/ Pretensión anulatoria".

A 76.283

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 San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras, el Fiscal General del mencionado departamento judicial, resuelve interponer, contra lo así decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda 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 específicamente, la Ley Orgánica 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.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como Fiscal de la Ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar 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 y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta 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 litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia atacada enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería 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. 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.

Invoca 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 que, si bien no existiría -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 existiría

respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la 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.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia 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.

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 el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que

justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido 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.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría 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. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

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.

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 a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley

de Defensa 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.

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 13.133, 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 regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría 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.

Pasa a señalar, la omision 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 debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Aduce 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 13.133, 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. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision 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).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, 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.

III.-

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

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del 07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras).

1.1.- Así, 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 debería 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); "*Recurso Queja N° 1*...", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, 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. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios...*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja N° 1*", cit., consid. trece in fine).

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. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

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...*".

Para añadir: "...*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...*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

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 (conf. CSJNA, "*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).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta 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 ha tenido en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores SA"*, dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas"*, consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia 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 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); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*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); "S*ociedad 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); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)",* T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui SA.*", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor SA*", 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 sostiene: "*…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]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia SAIC*", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui SA*", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte CONESA SA*", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui SA*", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-ley 6704/63, en cuanto establece

como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, 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.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas SA*", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba SA*", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas SA*" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para conntinuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba SA*" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

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*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T. 333:1088 (2010); "*Colegio de*

Escribanos de la Provincia de Buenos Aires", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

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, 11 de diciembre de 2019.

Julio M. Conte-Grand
Procurador General