Expte. nº 8346/11 "Metrovías SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías SA c/ GCBA y otros s/ otros rec. judiciales c/ res. pers. públicas no est.'"

Buenos Aires, 19 de septiembre de 2012

Vistas: las actuaciones indicadas en el epígrafe,

resulta:

1. Con fecha 18/05/2006, el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, EURSPCABA) dictó la resolución n° 34/EURSPCABA/2006 mediante la cual sancionó a la empresa Metrovías SA con una multa de pesos novecientos ochenta y siete ($ 987) por los incumplimientos constatados en las líneas A y Premetro respecto de la cantidad de coches despachados entre los días 12 y 23 de julio de 2004 (fs. 187/195).

2. Metrovías SA interpuso recurso de apelación directo a los efectos de impugnar la resolución n° 34/EURSPCABA/2006, por considerar que presentaba vicios esenciales en su competencia, su causa y procedimiento, y por violar el principio del "respeto por los propios actos" y los correspondientes al Derecho Administrativo Sancionador, lo cual tornaba al acto administrativo en nulo de nulidad absoluta y manifiesta (fs. 30/55).

En el escrito inicial, también planteó como cuestión de previo y especial pronunciamiento la incompetencia de la jurisdicción local para entender en el asunto, y que se giren las actuaciones a la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo y Tributario; y solicitó la citación del Estado Nacional, en los términos de los arts. 84 y ss. del CCAyTCABA.

El EURSPCABA contestó el recurso, y solicitó su rechazo (fs. 23/29).

3. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad resolvió revocar parcialmente la sanción aplicada, con costas por su orden (fs. 2/8).

Consideró que *"... en autos se ha sobrepasado, respecto de la infracción verificada en la línea Premetro, el valladar que prohíbe la múltiple persecución por un mismo hecho. Es que, teniendo en cuenta*

la descripción de la conducta merecedora de reproche (despacho de coches de menos en el servicio de subterráneos) y que ella es la causa de ambas sanciones (tanto la impuesta en la Resolución 34/EURSP/2006 como en la Resolución CNRT Nº 352/05) sobre una misma persona (Metrovías S.A.) y respecto de un mismo período (12 al 16 de julio de 2004), se impone, por resultar violatoria del principio de non bis in idem, declarar la nulidad parcial de la Resolución Nº 34/EURSP/06, dictada el 18/05/06; es decir, con posterioridad a la que, idénticamente, sancionó a Metrovías S.A. con fecha 21/03/05 (Resolución CNRT Nº 352/05). // Queda sellada la conclusión precedente a poco que se advierta que en el caso de autos no existe variedad de bienes e intereses protegidos que altere el régimen jurídico de la prohibición de bis in ídem, puesto que –en definitiva–, tanto la CNRT como autoridad de aplicación del contrato de concesión del servicio de subterráneos como el EURSPCABA como organismo de contralor de los servicios públicos en el ámbito local en el marco del régimen de protección al consumidor y usuario, apuntan a lograr la adecuada prestación del servicio de transporte público de pasajeros que utilizan los subterráneos de la ciudad de Buenos Aires. // En consecuencia, corresponde que el Ente recalcule –en la etapa de ejecución de sentencia– la multa oportunamente impuesta, circunscribiéndola únicamente a sancionar los incumplimientos verificados respecto de la línea A, los cuales –por cierto– no han sido desvirtuados por la actora ..." (punto 10.3, fs. 8).

4. Metrovías SA impugnó esa decisión mediante recurso de inconstitucionalidad (fs. 11/22), que fue contestado por el EURSPCABA (fs. 10) y denegado por la Cámara, por considerar que no se configuraba en el caso un genuino caso constitucional ni un supuesto de arbitrariedad de sentencia (fs. 9).

5. Ante dicha denegatoria, Metrovías SA interpuso la presente queja (fs. 282/293).

6. El Sr. Fiscal General, en su dictamen, propició que se rechace el recurso de queja impetrado por la parte actora (fs. 297/301).

Fundamentos

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La presente queja cumple los requisitos formales exigidos por el art. 33 de la ley 402, y debe ser admitida ya que rebate

adecuadamente, al menos en un aspecto, el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, el planteo referido a la incompetencia del EURSPCABA para aplicar la sanción de autos involucra una genuina cuestión constitucional, en tanto obliga a interpretar el alcance de las facultades reconocidas por el art. 129 CN y la CCABA al Estado de la Ciudad de Buenos Aires para ejercer el poder de policía en cuanto al control y fiscalización del servicio público de transporte subterráneo, así como también las competencias conferidas en la materia al EURSPCABA por el art. 138 CCABA.

Por tales motivos, corresponde en lo pertinente admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.

2. En sus recursos de inconstitucionalidad y queja, Metrovías SA invoca la **incompetencia del EURSPCABA** para aplicar la sanción de autos. Ello en tanto considera que el servicio público concedido a Metrovías corresponde a la jurisdicción nacional y por ende la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), en su carácter de autoridad de aplicación del contrato de concesión, sería el único organismo competente para decidir sancionar o no a Metrovías SA por irregularidades en la prestación del servicio.

2.1. Previo a todo, resulta pertinente realizar un breve detalle de la normativa de interés para la resolución del presente asunto.

El art. 138 CCABA establece que *"El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal. // Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto."*

La ley 210, que reglamenta a los arts. 138 y 139 CCABA, establece en su art. 2 que ***"****El Ente ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la administración central o descentralizada o por terceros, así como el seguimiento de los servicios cuya fiscalización realice la Ciudad de Buenos Aires en forma concurrente con otras jurisdicciones, para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto. // Se entiende como servicios públicos a los efectos de la aplicación de la presente ley: a. Transporte público de pasajeros (...)"*

Y en su art. 3, al detallar las funciones del Ente, la citada ley menciona —entre muchas otras— las siguientes: *"a. Verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias de los servicios sometidos a su jurisdicción. b. Controlar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios (...) l. Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso (...)"*

Por otra parte, la ley nacional 24.240, que establece el régimen jurídico de protección y defensa de los consumidores y usuarios, dispone en su art. 41 lo siguiente: *"Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones."*

Como podemos apreciar, la normativa aplicable establece que el EURSPCABA cuenta con plenas facultades para controlar el normal desenvolvimiento del servicio público de transporte subterráneo a cargo de Metrovías SA, así como también para sancionarla en caso de incumplir con obligaciones consagradas en el régimen jurídico aplicable y afectar derechos de usuarios del servicio.

2.2. Asimismo, tal asignación de facultades al EURSPCABA resulta compatible con la construcción doctrinaria y jurisprudencial respecto de la competencia en materia de poder de policía.

Tal como ha dicho anteriormente este Tribunal [en autos *"Centro Costa Salguero S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad",* expte. n° 456/00 —y su acumulado expte. n° 457/00—, sentencia del 24/10/2000, particularmente en el considerando 11°], de acuerdo a la distribución fijada en la Constitución Nacional, el poder de policía es una potestad eminentemente local.

Al respecto, la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha mantenido invariable desde 1869 —v. causas "La Empresa 'Plaza de Toros' quejándose de un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires" (Fallos: 7:150), sentencia del 13 de abril y "D. Luis Resoagli contra Provincia de Corrientes por cobro de pesos"

(Fallos 7:373), sentencia del 31 de julio— hasta el presente (Fallos: 320:89; 223; entre otros).

El Tribunal cimero consideró que tal criterio resultaba enteramente aplicable a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en lo que respecta a sus poderes de policía y tributarios (Fallos: 303:1041 y 305: 1672, entre otros).

Tales potestades, además, siempre fueron previstas en las sucesivas leyes orgánicas de la Municipalidad. Ya la ley del 6 de mayo de 1853, dictada por el Congreso Constituyente, asignaba tales atribuciones a las Comisiones de Seguridad, Higiene, Educación, Obras Públicas y Hacienda (arts. 27 y siguientes), diseño institucional que sería seguido por la ley de la municipalidad dictada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires (arts. 26 y siguientes). Por su parte, la ley nacional del 30 de setiembre de 1860 sobre la entonces capital provisoria, refiere estas atribuciones de la municipalidad en su art. 10; la ley del 2 de noviembre de 1865, en su art. 18; la ley del 28 de octubre de 1876, en su Capítulo IV, y la ley n° 1.129 del 31 de octubre de 1881, que es la primera "Ley Orgánica de la Municipalidad de la Capital de la República", enumera en su Capítulo II las atribuciones del Consejo Deliberante y, en su Capítulo IV, las del Departamento Ejecutivo. Finalmente, la ley n° 19.987 enumera en su art. 2° las competencias de la municipalidad —del inciso a) al k)— y en su inciso l) expresamente dispone que le corresponde el "ejercicio del poder de policía en las materias de su competencia" (los textos completos figuran en la citada "Evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires").

Al margen de cómo se interprete la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en ningún caso podrían restringirse sus potestades respecto a su precedente *"status"* en cuanto municipalidad.

Resulta indudable que la Ciudad tiene el poder de policía sobre las actividades desarrolladas en todo su territorio, y, por tanto, respecto a la actividad que allí realiza el accionante.

2.3. Por otra parte, la forma de estado Federal que consagró la Constitución implica la existencia de competencias concurrentes de la Nación —por un lado— y las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires —por el otro— (Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", tomo I, pág. 443/444, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998). Para citar tan solo algunos ejemplos, las facultades asignadas a la Nación en el art. 75 incs. 18 y 19 —para promover la prosperidad y el desarrollo— resultan similares a las reconocidas a las provincias en el art. 125; el art. 41, en su tercer párrafo, expresamente contempla la concurrencia reglamentaria en materia ambiental; y el art. 75 inc. 2 establece que la creación de "contribuciones indirectas" resulta una competencia concurrente de la Nación y las provincias.

El poder de policía también puede ser de ejercicio concurrente entre la Nación y las provincias (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Tomo IV, n° 1528, pág. 552, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1997). Si bien, como hemos dicho anteriormente, el poder de policía pertenece a la esfera de competencias de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires —por tratarse de una facultad no delegada al Estado Nacional y de indudable interés local—, también puede ser ejercido por el Estado Nacional cuando verse sobre alguna temática de interés federal.

En definitiva, la existencia de facultades concurrentes en materia de poder de policía entre la Nación y las provincias o la Ciudad de Buenos Aires no resulta ilegítima en sí misma, por el contrario es una nota típica de la forma de estado federal vigente en nuestro país. Ahora bien, si su ejercicio deriva en una superposición de ambos órdenes estatales sobre la misma temática, que lesiona los derechos de los ciudadanos, ello sí resultaría antijurídico y susceptible de control judicial.

2.4. Sentado lo expuesto, el interrogante que debemos desentrañar a continuación es el siguiente: ¿pueden válidamente coexistir facultades nacionales y locales en cuanto al control y fiscalización del servicio público de transporte subterráneo, o las asignadas a la Nación desplazan la jurisdicción local, hasta tanto se efectivice la total transferencia de dicho servicio público al ámbito porteño?

En cuanto al servicio público de transporte subterráneo, la situación actual es claramente anómala, y propia de la actual situación de transición iniciada con la reforma constitucional de 1994.

A partir de la sanción del nuevo art. 129 CN, se inició un camino de transformación institucional de la Ciudad de Buenos Aires hacia la plena autonomía que contempla dicha norma. Los años transcurridos demuestran que ese camino ha sido lento y problemático, a punto tal que en la actualidad la autonomía porteña se advierte seriamente recortada, ya que muchas de las facultades reconocidas al Estado local por la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aún no han sido transferidas desde el ámbito nacional.

Yendo al caso de autos, Metrovías SA firmó un contrato de concesión del servicio público de transporte subterráneo con el Estado Nacional, quien en su calidad de poder concedente conserva plenas facultades para controlar la normal ejecución del contrato por parte del concesionario, que ejerce a través de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), en virtud de lo dispuesto por el decreto nacional 1388/1996 y concordantes.

Sin embargo, y habida cuenta que el servicio público de transporte subterráneo reviste carácter intrajurisdiccional, es decir que se desenvuelve exclusivamente en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta indudable el interés local en participar en el control y fiscalización de dicho servicio. Y así lo ha entendido y regulado el constituyente y legislador local, al sancionar las normas constitucionales y legislativas reseñadas anteriormente, que le confieren al EURSPCABA facultades para intervenir en esta temática.

En síntesis: al resultar indiscutible el interés federal —por tratarse del poder concedente— y local —habida cuenta que el servicio público de transporte subterráneo se desenvuelve exclusivamente dentro del ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires— en la materia, podemos afirmar que el control y fiscalización del servicio público de autos constituye una competencia concurrente entre la Nación y la Ciudad, que encuentra su fundamento normativo en el contrato de concesión —en el caso de la Nación— y en las disposiciones constitucionales y legislativas referidas al poder de policía local —en el caso de la Ciudad—. Esta coexistencia perdurará al menos hasta que se efectivice la transferencia definitiva del servicio al ámbito porteño.

Por último, corresponde agregar que, si bien la intervención concurrente de la CNRT y el EURSPCABA en el control y fiscalización del servicio público de transporte subterráneo resulta *prima facie* válida, si en el ejercicio de dichas facultades existe una doble actuación lesiva de los derechos de los particulares, como ocurriría —por ejemplo— si ambos organismos sancionaran a Metrovías por la misma irregularidad, ello puede y debe ser anulado en sede judicial, en virtud del principio *"non bis in ídem"*, aplicable en materia de derecho administrativo sancionador. Y así lo entendió correctamente la Cámara, al declarar la nulidad parcial de la resolución n° 34/EURSPCABA/2006, en cuanto sancionó a Metrovías SA por irregularidades detectadas en la cantidad de coches despachados en el Premetro entre el 12 y el 16 de julio de 2004 —falta que ya había motivado una previa sanción por parte de la CNRT—.

Por lo tanto, los cuestionamientos del recurrente a la competencia del EURSPCABA deben ser rechazados.

3. Por otra parte, los restantes planteos introducidos por Metrovías SA en los recursos de inconstitucionalidad y queja no logran configurar un genuino caso constitucional que amerite la apertura de la presente vía recursiva de carácter extraordinario.

3.1. Más allá de las afirmaciones del recurrente, al intentar demostrar la existencia de **"vicios en la causa"** (ver fs. 18 y vta.), respecto de que la CNRT habría decidido no penalizarla por las otras

irregularidades —incumplimientos verificados en la cantidad de coches despachados en la línea A entre el 19 y 23 de julio de 2004— que motivaron la sanción que la Cámara mantiene vigente, lo cierto es que en su recurso no indicó en qué basa su afirmación, o cuáles son las constancias administrativas y/o documentales que corroboran lo manifestado, y tampoco rebatió lo afirmado en la sentencia de Cámara en cuanto a que la accionante no desvirtuó la real ocurrencia de las irregularidades mencionadas.

Por lo tanto, el agravio no contiene la mínima fundamentación necesaria para ser tratado en esta instancia, y no demuestra la exigida conexión entre el aspecto criticado del fallo y la invocada lesión al derecho de defensa.

3.2. Con respecto a la invocada **violación del procedimiento,** el recurrente no indica en qué consistiría el gravamen constitucional que habría producido el EURSPCABA al no seguir las pautas establecidas en el contrato de concesión.

En otras palabras, y más allá de sus genéricas expresiones, no logra relacionar el presunto defecto criticado a la sentencia con la violación concreta del derecho de defensa, ya que no indica qué defensa o prueba se vio privado de ofrecer o producir como consecuencia del procedimiento llevado a cabo en la tramitación administrativa.

3.3. En cuanto al cuestionamiento dirigido contra el rechazo del pedido de **citación del Estado Nacional**, Metrovías SA fundamenta su planteo en que *"... habiendo sido el Estado Nacional quien otorgó la Concesión y quien actualmente la regula, controla y fiscaliza, surge con absoluta obviedad el interés que le compete en el presente proceso, dado que será él quien deberá compensar cualquier desequilibrio contractual y quien —de confirmarse la competencia que el Ente Único se atribuye con relación al Contrato de Concesión— verá turbados sus deberes/facultades de fiscalización ..."* (fs. 19 vta.).

En primer lugar, cabe destacar que Metrovías SA no tiene legitimación para invocar la eventual afectación de las facultades de fiscalización del Estado Nacional, toda vez que al respecto no ostenta ningún gravamen concreto y personal; quien en todo caso hubiera estado legitimado para introducir ese planteo —más allá de su procedencia o improcedencia— sería el propio Estado Nacional.

Por otra parte, el recurrente no explicó de qué manera beneficiaría su posición procesal la intervención del Estado Nacional en este proceso. Como he dicho en anteriores precedentes de este Tribunal [*"Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/ GCBA s/ otros rec. judiciales c/ res. pers. públicas no est.'",* expte. n° 6081/08, sentencia del 04/03/2009,

entre muchos otros], para obtener la declaración judicial de nulidad de la sanción lo que debe hacer Metrovías es alegar y probar los vicios en los elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, y a tales efectos resulta indiferente la participación en este proceso del Estado Nacional.

Y por último, las eventuales acciones de reintegro que pudiera iniciar la actora contra el Estado Nacional involucran una temática compleja ajena a la presente causa, y por ende lo aquí decidido no puede perjudicar de manera alguna los derechos que eventualmente puedan asistirle a Metrovías SA.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que la recurrente no logró relacionar la decisión judicial atacada —rechazo de la citación del Estado Nacional— con la vulneración de los derechos constitucionales invocados —defensa en juicio, debido proceso y propiedad—. Por lo tanto, el planteo se reduce a una mera discrepancia con una decisión referida a cómo debe integrarse el proceso, lo que constituye una cuestión procesal reservada a los jueces de mérito y ajena, en principio, a la competencia extraordinaria de este Tribunal.

3.4. La **imposición de costas** ordenada por la Cámara tampoco involucra una cuestión constitucional, ya que la valoración del resultado del proceso y la distribución de los gastos causídicos conforme a ello, resulta una facultad exclusiva de los jueces de la causa, toda vez que remite a la ponderación de cuestiones de hecho y a la aplicación de normas procesales infraconstitucionales.

Además, la escueta e insuficiente fundamentación de este agravio (ver fs. 21 vta./22, punto V.6) no aporta ningún argumento que justifique realizar una excepción al principio general precedentemente expuesto

3.5. En conclusión: en todos estos aspectos el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, o bien cuando se plantea un caso federal en los términos del art. 14 de la ley 48, supuestos que no se verifican en este caso. Esta falencia impide el progreso de la pretensión recursiva del GCBA, ya que el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

Por otro lado, esta insuficiencia no puede ser sorteada mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, ya que el hecho que la

parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (cf. *Constitución y Justicia* [Fallos TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, ps. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas), pues *"si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad"* (Fallos 237:69). La misma Corte Suprema enfatizó que la doctrina de la arbitrariedad, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (Fallos 303:387).

Por estos motivos, resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina del Tribunal según la cual *"[l]a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente (...) ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad*" (conf. "*Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja*", expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], t. II, p. 20 y siguientes).

4. En virtud de lo expuesto, voto por admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad, ambos deducidos por Metrovías SA, con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT).

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Tal como explica la Sra. jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, corresponde admitir parcialmente la queja en relación con los agravios dirigidos a cuestionar la competencia del EURSPCABA para aplicar la multa resistida, por cuanto remiten a analizar la inteligencia asignada a diversas cláusulas de la CCBA (arts. 46, 138 y 139), así como al reparto de atribuciones que, dentro del régimen federal, corresponden al Estado Nacional y a los Estados Locales.

Ello así, conviene recordar que, verificada la existencia de una cuestión constitucional, el Tribunal, al momento de establecer la inteligencia atribuible a las normas constitucionales en juego, no se encuentra limitado por el modo en que el recurrente expone sus agravios, ni se ve impedido de avanzar en la interpretación del derecho

infraconstitucional comprometido en la solución del asunto sometido a su decisión (cf. mi voto en “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Verseckas, Emilia María c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)’” expte. n° 3260/04, sentencia del 16/3/05 y en “Buenos Aires Container Services S.A. c/ GCBA s/ recurso apel. jud. c/ decis. DGR (art. 114 Cod. Fisc.) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 5890/08, sentencia del 24/9/08 y *mutatis mutandi* Fallos 308:647; entre muchos otros).

Finalmente, en relación con el alcance del control habilitado por los recursos de Metrovías, resta señalar que la cuestión se circunscribe a analizar los planteos propuestos en torno a la sanción aplicada respecto de los incumplimientos supuestamente verificados en la línea A, pues la multa aplicada por despachos insuficientes en la línea Premetro fue revocada y tal decisión ha quedado firme.

2. Establecido lo anterior, corresponde examinar la invocada ausencia de competencia del Ente Único para ejercer el poder de policía de control y fiscalización en que se fundó la imposición de la multa cuestionada.

El art. 138 de la CCBA dispone “El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal// Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto”. Ello, en línea con el artículo 46 de la CCBA según el cual “[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (...) Ejerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios” comercializados o prestados en la CABA.

Por su parte, el legislador, en uso de la potestad que el art. 80, inc. 1 CCABA le confiere, dictó la ley 210, reglamentaria del art. 138 de la CCABA. Su artículo nº 3 enumera entre las funciones encomendadas al EURSP la de “I.- Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso”. Esta función se inscribe en el marco de las que también le atribuyen: “a.- Verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias de los servicios sometidos a su jurisdicción// b.- Controlar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos

por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios (...) e.- Controlar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones (...) k.- Ejercer la jurisdicción administrativa (...)". Por su parte, el art. 11 de aquella norma establece que es competencia del Directorio del EURSP "i.- Realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

Es preciso señalar que el artículo 80 de la CCBA dispone que la Legislatura de la CABA "...1. Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades" y "[l]egisla en materia: (...) g) (...) de defensa del usuario y consumidor". Ello, en consonancia, nuevamente, con lo previsto en el ya mencionado artículo 46 de la CCBA.

Finalmente, el art. 41 de la ley 24.240 dispone "Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones".

3. El repaso normativo formulado resulta suficiente para sostener que las competencias reconocidas en cabeza del EURSP abarcan la policía de los servicios públicos y el poder sancionador previsto a su respecto cuando, como en el caso de autos, se prestan en el ámbito de la CABA. Los preceptos constitucionales *supra* citados, además de crear al EURSP con rango constitucional, definen su finalidad y objeto con idéntica jerarquía. Al órgano en cuestión se le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orientado a asegurar "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores" (art. 138 de la CCBA). En ese contexto, es indisputable que el constituyente atribuyó al Ente Único el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 CCABA).

4. En el caso que nos ocupa, el directorio del EURSP, al aplicar la sanción cuestionada sostuvo que "conforme lo normado por el Art. 19 de la Ley Nacional N° 24.240 quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos". Luego invocó

las constancias de las inspecciones realizadas para dar cuenta de los incumplimientos imputados y, con apoyo en las previsiones de los arts. 46 y 138 de la CCBA así como de la ley 210, finalmente resolvió "aplicar la sanción de multa establecida en el art. 47 de la Ley Nacional N° 24.240" (fs. 187/194).

5. Ello así, no asiste razón al recurrente cuando sostiene que "… el hecho de que el Ente Único tenga competencia para controlar servicios públicos, de ninguna manera puede significar por si sólo que tiene la competencia suficiente para controlar todos los servicios públicos en general, ni que tenga la competencia suficiente para controlar el servicio público de nuestra mandante en particular" (fs. 16).

Aunque Metrovías postula que tales atribuciones corresponderían de modo exclusivo a un órgano federal, la CNRT, omite valorar las diversas finalidades y potestades que comprometen, por un lado las facultades sancionatorias derivadas del contrato y, por otro, las impugnadas en autos que el EURSP pretende aplicar con apoyo en las previsiones de la ley 24.240 (ver transcripción punto 4). Cuando se diferencian los universos en juego es posible advertir que la invalidez de la sanción fundada en la existencia de atribuciones federales exclusivas y excluyentes para controlar y, en su caso, multar al recurrente, pierden sustento.

6. En efecto, las multas previstas en el contrato son parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato. A su vez, el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente al régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario. Tales sanciones, no constituyen una pena, ni su aplicación compromete el ejercicio de facultades jurisdiccionales. A su turno, la multa contemplada en el régimen de la ley 24.240 reviste carácter retributivo y compromete el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales. Su imposición por parte de una autoridad administrativa requiere garantizar el acceso a una instancia de control judicial plena. Aquí, sí estamos frente a una pena general, que consiste en la privación de un bien como contrapartida por la lesión provocada a aquel otro protegido por la norma vulnerada, en el supuesto que nos ocupa, por la ley 24.240 (para un desarrollo en extenso ver mis votos en "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mancuso, Marcela Lidia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —apelación—'", expte. nº 4106/05, sentencia del 21/12/05 y "Carballo, Héctor Fernando s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Carballo, Héctor Fernando c/ GCBA s/ medida cautelar'", expte. n° 4311/05, sentencia

del 26/4/06; “Urfeig, Norberto s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Urfeig, Norberto c/ Consejo de la Magistratura s/ revisión de cesantías o exoneraciones de emp. publ.’”, expte. nº 5041/06, sentencia del 20/7/2007; “Mantelectric ICISA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Mantelectric ICISA c/ Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/ otros rec. judiciales c/ Res. Pers. públicas no est.’”, expte. nº 6588/09, sentencia del 10/3/2010; así como Joaquín Meseguer Yerba, “El principio ‘non bis in idem’ en el procedimiento administrativo sancionador”, ps. 19/22, Bosch, Barcelona, 2000).

Una primera consecuencia relevante, derivada de la distinción formulada, es que el mencionado doble orden sancionatorio, por estar referido a ámbitos diversos, puede convivir sin afectar la garantía del *non bis in idem*. La protección que acuerda esa cláusula protege contra la doble persecución penal y los ámbitos descriptos —contractual y defensa del consumidor— no representan una superposición prohibida. En todo caso, la imposibilidad de aplicar las sanciones del contrato dos veces por un mismo hecho, derivaría del propio contrato y salvo que en él esa fuera una opción admitida, supuesto de dudosa existencia, nada permitiría asumirla como válida, al margen de la protección que acuerda el *non bis in ídem* propia de otro ámbito.

La segunda consecuencia, más relevante que la anterior para la solución del recurso, es que el diverso orden de sanción también permite identificar con toda claridad la esfera de competencia ligada a cada tipo de actividad sancionatoria. Por regla, el contrato identifica la autoridad de aplicación del poder sancionatorio que allí se instituye —al margen de otras modalidades en ese terreno— y, por su parte, no hay dudas que en el ámbito de las sanciones provenientes del régimen de protección de usuarios y consumidores se ejercen atribuciones conferidas a los estados locales (art. 41 de la ley 24.240 ya transcripto y mi voto en “Mantelectric” antes citado).

7. Frente a esto último, los agravios del recurrente se diluyen pues no identifica cuál sería el fundamento normativo para desplazar la hipótesis de facultades concurrentes propia del régimen federal en materia de poder de policía (vgr. arts. 41; 75, incs. 2, 18 y 19; 125 de la CN y *Fallos* 301:1122; 293:287; 299:442; entre otros). Menos aún ha logrado acreditar que el ejercicio por parte del EURSP de las atribuciones resistidas haya interferido con algún interés federal que tampoco aparece identificado por el accionante.

A esta altura, vale recordar que “los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio, aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la CN), con excepción de aquellas

ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, por ej.) o cuando, por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible, en cuyo caso prevalece el de la Nación (doctrina sentada *in re Mc Culloch v. Maryland* [17 U.S. 316, 1819], y recogida por la CSJN en Fallos 240:311; 305:1381; 306:1883; 308:403 y 647; 314:1425; 315:751, entre otros)" (v. mi voto *in re* "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ inf. falta de habilitación y otros'", expte. n° 4808/06, resolución del 20/12/2006).

8. Además, la invocación del contrato de concesión para justificar un inevitable y automático desplazamiento de las competencias locales bajo estudio a favor del ejercicio exclusivo de la autoridad federal (CNRT), soslaya que no todo ejercicio de control sobre el servicio que presta Metrovías compromete la interpretación del contrato. En tal sentido, existe una diferencia relevante entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía local o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente.

Esta fuera de toda discusión que el EURSP no es parte en el contrato, ni ha pretendido obrar en esa condición. También queda al margen de toda disputa que las obligaciones a cargo de Metrovías provienen del régimen que regula el contrato del servicio a su cargo. La multa resistida, prevista en los arts. 19 y 47 de la ley 24240, sanciona precisamente, un incumplimiento, el de la obligación relativa a la frecuencia exigible, que afecta los derechos de consumidores y usuarios. Las competencias ejercidas por el EURSP en el supuesto que nos ocupa instrumentan un mecanismo de control externo, que busca proteger los derechos de los usuarios. Para ese mecanismo resulta indiferente si el concedente es el Estado Nacional o el Estado Local pues, en ambos supuestos, el EURSP, cumplidos los recaudos pertinentes, tiene conferidas potestades sancionatorias (v. mi voto en "Mantelectric ICISA s/ …" ya citado).

En suma, el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado porque las objeciones del recurrente, circunscriptas a invocar el supuesto menoscabo de atribuciones de carácter federal vinculadas a la concesión del servicio, quedan privadas de sustento.

9. Por su parte, en relación con los agravios referidos a la existencia de vicios en la causa del acto administrativo cuestionado, coincido con la jueza de trámite en cuanto propicia rechazar la queja articulada a ese respecto.

Ello así, porque los agravios planteados remiten a analizar cuestiones de hecho y prueba, sin que el recurrente haya logrado demostrar, ante esta instancia, cuáles serían las pruebas desatendidas por el *a quo* que hubieran impedido arribar al resultado atacado. En la sentencia impugnada se sostuvo que la sanción dispuesta por la CNRT, respecto del Premetro, impedía contemplar en la multa aplicada por el EURSP los incumplimientos ya sancionados por la autoridad federal —extremo que quedó firme y no integra el ámbito de revisión de este pronunciamiento—pero, en cambio, señaló que el modo en que había sido impuesta aquella sanción no suponía haber negado la existencia de déficit en la frecuencia de coches de la línea A, invocada para fundar la sanción aquí impugnada. En ese aspecto, el recurrente no acredita que el pronunciamiento cuestionado, al margen de su acierto o error, resulte insostenible pues no bastaba con incorporar al expediente constancias destinadas a informar a la CNRT las frecuencias que luego motivaron la sanción resistida, sino que era necesario probar que el incumplimiento reprochado por el EURSP no configura un supuesto de los que el régimen de consumidores y usuarios contempla como sancionables (art. 19 ley 24.240). Dicho de otro modo, Metrovías no ha probado que la ausencia de sanción por parte de la CNRT, acorde con la normativa aplicable, determine la nulidad de una sanción que se apoya en el despacho de menos coches que los previstos en el régimen del servicio en desmedro de lo establecido por el art. 19 de la ley 24.240. Aunque, por hipótesis, pudieran existir multas de la CNRT y del EURSP excluyentes entre sí, tal supuesto no es el configurado en autos. En cuanto aquí interesa, tampoco se ha alegado ni probado que la sanción impugnada contravenga una interpretación del contrato que excluya la posibilidad de calificar la conducta de Metrovías como un incumplimiento de sus obligaciones.

Asimismo, también coincido y hago propios los argumentos de la jueza Ana María Conde para rechazar la queja tanto en relación con los supuestos vicios de procedimiento que invoca el recurrente, como respecto de la imposición de costas cuestionada.

10. Finalmente, frente al resultado adverso que para el recurrente tiene la sentencia definitiva atacada, la objeción vinculada al rechazo de la citación del Estado Nacional, mantiene actualidad. Sin embargo, los agravios esgrimidos en el recurso de inconstitucionalidad no se hacen cargo de que la sanción cuya impugnación dio motivo a la causa no responde al contenido del contrato sino a conductas de Metrovías. Dichas conductas, según ya fue dicho, no son presentadas por la empresa sancionada como única modalidad de cumplimiento del contrato de concesión, circunstancia que priva de sostén al argumento de la colisión entre una competencia federal y una local, puesto que

cada una de ellas podría ser desarrollada paralela y armónicamente. La recurrente se limita a sostener que "... habiendo sido el Estado Nacional quien otorgó la Concesión y quien actualmente la regula, controla y fiscaliza, surge con absoluta obviedad el interés que le compete en el presente proceso, dado que será él quien deberá compensar cualquier desequilibrio contractual y quien —de confirmarse la competencia que el Ente Único se atribuye con relación al Contrato de Concesión— verá turbados sus deberes/facultades de fiscalización..." (fs. 19 vta.). Por su parte, el *a quo* consideró que este juicio, relativo a la nulidad de un acto dictado por autoridades locales, y aquel otro vinculado a reclamos que el recurrente quisiera hacer al Estado Nacional concedente del servicio a su cargo, son independientes. Las críticas de Metrovías a ese respecto demuestran su discrepancia, pero no acreditan que lo decidido vulnere su derecho de defensa por haberle quedado impedido el reclamo que, a su criterio, podría formular al Estado Nacional (v. mi voto en "Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/ GCBA y otros s/ impugnación de actos administrativos'", expte. n° 6096/08, sentencia del 4/3/2009).

En esas condiciones, la citación del Estado Nacional es ajena a la controversia porque la sentencia no impacta sobre el contrato de concesión, ni impone obligaciones al Estado Nacional.

Por lo expuesto, voto por admitir parcialmente la queja, rechazar el recurso de inconstitucionalidad en lo pertinente, con costas a la vencida (art. 62 CCAyT) y ordenar la devolución del depósito de fs. 281.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

Adhiero al fundado voto de mi colega Luis F. Lozano —que ha agotado el tratamiento de las cuestiones sometidas a consideración de este Estrado—, con excepción de los desarrollos efectuados en el punto 6 del mismo, por considerar simplemente que, para descartar la indebida interferencia del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA que se alega en el recurso de Metrovías S.A., basta con afirmar que la invocación en la res. n° 34/2006 de un incumplimiento del contrato de concesión para motivar la sanción atacada, en modo alguno impide concluir que dicho ente regulador local intervino en el caso en virtud de las previsiones del régimen de defensa del consumidor cuya aplicación compete a las jurisdicciones locales.

Sentado lo anteriormente expuesto, sólo cabe agregar que la adopción de una solución contraria importaría resentir al extremo las

competencias atribuidas al EURSP de la Ciudad y, al mismo tiempo, tener por no escrito el art. 138 de la Carta Magna local. En rigor, representaría tanto como declarar la inconstitucionalidad de una regulación constitucional expresa; medida de extrema gravedad institucional que debe ser ejercitada por los jueces con la máxima prudencia.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado:

El recurso directo de fs. 282/293 fue interpuesto por parte legitimada en tiempo y forma ante el Tribunal, y contiene una crítica suficiente de la decisión de la Sala II que declaró inadmisible el remedio que viene a sostener. En su resolución denegatoria, los jueces *a quo* sostuvieron que no concurría en autos una cuestión constitucional o federal, y que la solución que adoptaron al pronunciarse sobre el fondo del asunto "constituye un acto jurisdiccional válido" (fs. 281 vuelta). Frente al tenor de estos fundamentos —que constituyen un exceso de la Cámara en el ejercicio de su competencia para juzgar la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad— Metrovías no podía más que reiterar, como lo hizo, los agravios constitucionales que atribuye a la sentencia que impugna, lo que autoriza su tratamiento por el Tribunal.

Recurso de inconstitucionalidad:

1. Mediante la Resolución n° 34 de 2006, el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (EURSP) impuso a Metrovías SA (Metrovías) "una multa de pesos novecientos ochenta y siete ($987) por los incumplimientos constatados en las Líneas A y Premetro respecto de la cantidad de coches despachados entre los días 12 y 23 de julio de 2004, conforme los Arts. 2°, 3°, 20 y 22 de la Ley N° 210, Arts. 15 y 16 de la Ley N° 757 y Art. 47 de la Ley Nacional N° 24.240" (fs. 194).

2. El acto administrativo del EURSP fue objeto de la impugnación prevista en el art. 21 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. La Sala II de la Cámara del fuero confirmó parcialmente la sanción, lo que motivó el recurso de inconstitucionalidad cuya copia está agregada a fs. 11/22.

3. En atención al modo en que la parte multada planteó sus agravios, corresponde revisar tanto las normas en las que el EURSP fundó su competencia en ocasión de dictar el acto administrativo que

motivó el presente proceso, como lo que la Cámara del fuero consideró al respecto, y las razones expuestas por Metrovías para fundar su posición contraria.

4. En el acto administrativo recurrido, el EURSP explicó que "además de la facultad de la autoridad local de ejercer el poder de policía en materia de salubridad, seguridad y moralidad y del poder de fiscalización y control establecidos por el Decreto N° 1143/1991 en favor de la ex Intendencia Municipal de la Ciudad de Buenos Aires para los servicios subterráneos, pudiendo ésta actuar por sí o a través de organismo a los cuales encomiende el control y fiscalización, cabe recordar que la autoridad local tiene otras atribuciones" (fs. 190) y señaló que, entre ellas "**está la de ser autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor —N° 24.240**—". Así, explicó que "habiendo concluido que el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el organismo competente para resolver las controversias que se susciten con el usuario del servicio de transporte subterráneo y por lo tanto la autoridad de aplicación de la Ley Nacional N° 24.240 respecto de la calidad de los servicios públicos comprendidos en la Ley N° 210, entre los que se encuentra el transporte público de pasajeros, **corresponde aplicar las sanciones previstas en dicha ley por los incumplimientos constatados**" (fs. 192, énfasis añadido). La autoridad demandada precisó que "casi innecesario resulta agregar que para ser transportado es que precisamente el usuario paga un precio, y que para lo mismo el concesionario lo percibe. Así el vínculo que enlaza al usuario con el concesionario es una típica relación de consumo" y que "no hay duda de que la acción de la concesionaria configura una infracción al cumplimiento de sus obligaciones" (fs. 193). Por fin, considerando "los perjuicios resultantes de la infracción para los usuarios, la posición en el mercado del infractor, el grado de intencionalidad, la generalización de los perjuicios sociales derivados de la infracción, la reiteración de la misma y las demás reglas y principios referidos en el punto 1) del Art. 22 de la Ley 210" (fs. 194), resolvió "**aplicar la sanción de multa establecida en el Art. 47 de la Ley Nacional N° 24.240**" (fs. 194, énfasis añadido).

5. La resolución reseñada fue motivo de un recurso directo ante la Cámara.

La empresa multada sostuvo, en relación con la competencia del ente, que éste era incompetente para ejercer facultades de autoridad de aplicación del contrato de concesión del servicio que presta y del régimen de defensa del consumidor en la Ciudad de Buenos Aires (fs. 35 y 36).

6. La Sala interviniente rechazó la presentación de Metrovías. Respecto de la competencia del EURSP para imponer la sanción puesta a su consideración, los jueces *a quo*, después de reseñar el art. 138 de la CCBA y la ley n° 210 mantuvieron que "el Ente posee amplias facultades de control respecto del servicio —en todos sus aspectos— que brinda la empresa actora, con relación al cumplimiento de los contratos y para aplicar las sanciones que correspondan por violación a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, para lo cual dictó la Resolución N° 28/EURSP/2001" (fs. 4) y que "en cuanto a la facultad sancionatoria del Directorio del Ente, si bien no se encuentra enumerada en forma expresa, no es menos cierto que el inciso i) del mencionado artículo 11 prevé entre las funciones de ese órgano la de *'realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley'*" (fs. 4).

7. En su recurso de inconstitucionalidad, Metrovías explicó:

a. Que el contrato de concesión por el que presta el servicio a su cargo la une con el Estado Nacional, y que, aunque "luego del dictado de la Constitución de la Ciudad, la Nación y la Ciudad sentaron las bases para la transferencia del Control y Fiscalización de la Concesión, en lo que se refiere al servicio de transporte correspondiente a la red de subterráneos", los organismos competentes a esos efectos, al momento de la presentación no habían siquiera comenzado con los actos previos necesarios (fs. 12) y, en pocas palabras, que por ello "queda fuera de discusión que el Ente Único carece de competencia para aplicar las normas propias al Contrato de Concesión" (fs. 12 vuelta). Precisó que en las "manifestaciones vertidas a lo largo de la Resolución en crisis, la CCAyT reconoce expresamente que el Ente Único abiertamente enarboló el Contrato de Concesión (…) para sancionar a Metrovías" (fs. 16 vuelta) y se agravió entonces de que "con ambigüedad y autocontradicción" (fs. 16 vuelta) las instancias de mérito hubieran sostenido que el Ente Único había actuado en ejercicio de un poder de policía local que calificó de "absolutamente indeterminado e ilimitado" (fs. 16 vuelta) y que —según atribuye a los jueces— sería diferente del que corresponde a la autoridad de aplicación del contrato de concesión "pero que lo reproduce íntegramente" (fs. 16 vuelta).

b. Respecto de lo establecido en el art. 138 de la CCBA y la ley local n° 210, que "el hecho de que el Ente Único tenga competencia para controlar servicios públicos, de ninguna manera puede significar por si sólo que tiene la competencia suficiente para controlar todos los servicios públicos en general, ni que tenga la competencia suficiente

para controlar el servicio público de nuestra mandante en particular" (fs. 16).

c. Que su estrategia argumental no pone en tela de juicio la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, sino que pretende la revisión de "si el Ente Único penaliza a Metrovías en virtud e una competencia propia derivada de dicha autonomía (es decir, si el servicio público que presta Metrovías cae sobre su competencia)" (fs. 16). Se agravia especialmente de que la sentencia que impugna no se pronunciara en ninguna medida respecto de sus argumentos "relativos a las razones normativas por la cuales el servicio público concedido a Metrovías pertenece a la jurisdicción nacional" (fs. 16). En el mismo sentido, sostuvo que "incluso si hubiese sido aplicable el régimen de defensa del consumidor (aunque debemos recordar que no lo es…), igualmente su análisis debería haberse realizado en el ámbito nacional, por cuanto mientras ya dejamos acreditado que Metrovías presta un servicio que es indiscutiblemente federal, el art. 41 de la ley 24.240 fija competencia al GCBA sólo 'respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción' (versión anterior) o 'de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones' (fs. 17). Insistió en que "si la cuestión hubiese estado en el ámbito de la Ciudad, ya hemos dicho (y ni el Ente Único ni la CCAyT han dicho algo al respecto) que la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 747 es la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires y no el Ente Único" (fs. 17).

8. Corresponde precisar en primer lugar, y esto es central, que el EURSP fundó su competencia en la ley nacional de defensa del consumidor e impuso una de las sanciones previstas en esa norma. Es necesario insistir en que —al contrario de lo que afirma la recurrente— el EURSP no pretendió actuar como autoridad de aplicación del contrato de concesión ni aplicar las sanciones allí previstas para los posibles incumplimientos de sus clausulas.

Conviene, llegado este punto, efectuar una reseña de las normas involucradas en la posición que el EURSP reivindicó respecto del régimen de defensa del consumidor:

a) La ley nacional n° 24.240 establece en su art. 41 que "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación **ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones** (énfasis añadido).

b) La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece en su art. 46 que “La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten (…) **Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad**, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos (…) El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley” (énfasis añadido).

c) La ley local n° 210 que crea al EURSP estable en su art. 2 que “El Ente ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la administración central o descentralizada o por terceros, así como el seguimiento de los servicios cuya fiscalización realice la Ciudad de Buenos Aires en forma concurrente con otras jurisdicciones, para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto” y que “se entiende como servicios públicos a los efectos de la aplicación de la presente ley: a. Transporte público de pasajeros (…)”.

En su art. 3, la ley n° 210 precisa que “el Ente tiene las siguientes funciones en relación a los servicios enumerados en el Artículo 2º: (…) l. Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de **las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso**” (énfasis añadido).

En síntesis, la ley n° 24.240 establece que la Ciudad es autoridad de aplicación del régimen que instaura respecto de las infracciones cometidas en su jurisdicción. Es importante destacar que la norma en cuestión no se refiere a los servicios sometidos a su jurisdicción, de modo que resulta irrelevante determinar este extremo en el caso de autos. La competencia establecida es en razón del territorio.

La Constitución porteña dispone en forma inequívoca que la Ciudad ejerce poder de policía en materia de consumo y que le compete al EURSP el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos, aunque su prestación se realice por terceros.

La ley 210, por su parte, incluye en forma explícita al transporte público de pasajeros entre aquellos servicios sometidos a la competencia del Ente al que, a su vez, asigna competencia para aplicar

las sanciones que correspondan por el incumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales que rijan a los mencionados servicios.

Lo expuesto hasta aquí permite desestimar los agravios de Metrovías referidos a la actuación del organismo demandado como autoridad de aplicación del contrato de concesión del servicio público que presta.

9. Por fin, la amplitud de fundamentos que la parte recurrente atribuye a la decisión que impugna y a la que ésta confirmó no constituye un agravio constitucional que corresponda atender en esta instancia. Si bien asiste razón a la empresa cuando reprocha la superposición de ideas en las que incurrió el EURSP en la resolución que la sancionara, lo cierto es que luego de una extensa exposición acerca de la autonomía porteña y las facultades de la autoridad local para ejercer el poder de policía en materia de salubridad, seguridad y moralidad en general (cf. fs. 187/190), el Ente se refirió específicamente al régimen de defensa del consumidor y fundó la resolución que adoptara en forma inequívoca en el art. 47 de la ley n° 24.240 (fs. 194).

Por lo demás, el hecho de que el EURSP se refiriera a la sección del contrato de donde surgen las obligaciones cuyo incumplimiento sancionó no altera lo hasta aquí expuesto. El art. 19 de la ley de defensa del consumidor establece que aquellos que presten servicios de cualquier naturaleza “están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”. Ante esta disposición, el EURSP no pudo más que acudir al instrumento donde se precisa el modo en que Metrovías debe prestar el servicio a su cargo. La verificación del cumplimiento de la obligación que surge de la norma transcripta exige en muchos casos la consideración de contratos administrativos o entre particulares, de donde surjan, por ejemplo, las modalidades acordadas para una prestación, sin que esto implique en modo alguno que el organismo interviniente se erija en autoridad de aplicación de unos ni de otros.

De otro modo: la falta de satisfacción por parte de Metrovías de algunas de las obligaciones del contrato de concesión, referidas a la periodicidad del servicio implicó —según lo entendió el EURSP— la inobservancia del art. 19 de la ley n° 24.240 que mereció la imposición de la sanción prevista en el inc. b) del art. 47 de esa norma (fs. 194) en ejercicio de la competencia asignada por su art. 41 y en el marco del procedimiento establecido por el EURSP según su art. 45 *in fine.*

10. En su recurso, Metrovías planteó, de modo subsidiario, que aunque se considerara —como lo hago— que la Ciudad efectivamente

fundó su competencia en las leyes de defensa del consumidor, subsistiría el vicio de competencia pues la autoridad de aplicación del régimen en cuestión no sería el Ente sino la Dirección de Defensa del Consumidor. Esta objeción carece de todo fundamento —toda vez que ni siquiera se indica qué normas sustentarían la postura del recurrente—, y menos aún involucra cuestión constitucional alguna.

La misma suerte correrán los restantes agravios invocados pues todos ellos descansan en sostener la incompetencia del EURSP para sancionar a Metrovías, extremo que ya fue desechado en este voto.

11. De las consideraciones precedentes se sigue que no concurre en autos una cuestión constitucional vinculada con los derechos de defensa en juicio, propiedad y debido proceso legal reivindicados, por cierto en forma harto exigua, por la empresa actora.

12. Las razones expuestas me llevan a admitir la queja, ordenar la devolución del depósito, rechazar el recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia impugnada. **Así voto.**

Por ello, oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:

1. Admitir parcialmente la queja y **rechazar** el recurso de inconstitucionalidad, con costas a la vencida.

2. Ordenar la devolución del depósito de fojas 281.

3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Expte. nº 8346/11 “Metrovías SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Metrovías SA c/ GCBA y otros s/ otros rec. judiciales c/ res. pers. públicas no est.’”