



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

Expte. N° 11787/14 “Transportes Olivos SAClyF y otros s/ **queja por recurso de inconstitucionalidad denegado** en: Transportes Olivos SAClyF y otros contra Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires sobre Otros Recursos Judiciales contra Res. Pers. Públicas no estatales”.

Tribunal Superior:

I.-OBJETO

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad denegado, ambos interpuestos por Transportes Olivos SAClyF y Ashira SA (conf. fs.50, punto 2.)

II.- ANTECEDENTES

Transportes Olivos SAClyF y Ashira SA (en adelante URBASUR) promueven recurso de apelación contra las resoluciones n° 41/2009, 59/2009, 61/2009, 62/2009, 221/2009, 40/2009, 42/2009, 43/2009, 45/2009 y 63/2009, todas dictadas por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante EURSPCABA), mediante las cuales se impuso a URBASUR una serie de multas fundadas en el incumplimiento de lo dispuesto

en el Pliego Licitatorio correspondiente a la Licitación Pública Nacional e Internacional n° 62/2003, y vinculadas con deficiencias en el servicio de barrido y limpieza de las calles correspondientes a la zona 3, concesión a cargo de URBASUR.

Pretende se declaren nulas de nulidad absoluta e insanable dichas resoluciones. Ello así por cuanto entiende que las multas impuestas versan sobre los mismos hechos, el mismo procedimiento y el mismo fundamento normativo invocado respecto del proceso sancionatorio al que fue sometido URBASUR por la Dirección General de Limpieza; lo que configuraría una violación al principio "non bis in ídem".

Explica que entre los servicios públicos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley n° 210, se encuentra el servicio de Higiene Urbana a cargo de URBASUR y otras empresas prestatarias. Asimismo manifiesta que, sin perjuicio de las atribuciones de fiscalización y contralor que en virtud de dicha normativa tiene EURSPCABA, el Pliego de Bases y Condiciones que rige la prestación del servicio, en su capítulo V regula el régimen de "Faltas y Penalidades en la prestación del servicio", y en su art. 61 establece que la Dirección General de Limpieza –a cargo del mecanismo de fiscalización y control de los servicios- llevará un registro foliado donde consignara las deficiencias observadas a efectos de verificar el cumplimiento o no del Índice de Prestación exigido por el Pliego. Destaca que se desprende del mismo, la distinción entre falta grave y falta leve, constituyendo la primera de ellas el incumplimiento del Índice de Prestación exigido; y las segundas de ellas la ejecución parcial o falta de ejecución de recolección de residuos, del servicio de limpieza y del barrido de las calles.

Subraya que conforme lo previsto por el Anexo VIII del Pliego de Recolección de Residuos Sólidos Urbanos, se establece que el Índice de Prestación que se compone por la cantidad de deficiencias detectadas por la inspección del Servicio y por el Ente en el mes, así como por la cantidad de



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

reclamos recepcionados en el Centro Único de Reclamos correspondiente al mes de verificación.

Destaca que de conformidad con las previsiones del art. 7 de la ley de Procedimientos Administrativos de la CABA, las resoluciones que recurre están viciadas en la competencia, en el objeto, en la causa, en la motivación y en la finalidad. Pone de resalto las deficiencias de la denuncia que habría dado origen al inicio en el que se habrían finalmente impuesto las multas de autos y plantea la invalidez de las Actas de Fiscalización utilizadas como sustento para acreditar las presuntas deficiencias.

A fs. 74/79 del expediente principal contesta la demanda EURSPCABA, y solicita se confirme el acto administrativo impugnado con costas a la recurrente.

Destaca que las funciones de control y poder de policía las ejerce de conformidad con el Reglamento de Procedimientos de Controversias y Sanciones del EURSPCABA publicado en el Boletín Oficial de la CABA N° 1295. Explica que los expedientes administrativos n° 447/E/05, 549/E/05, 621/E/05, 923/E/05, 214/E/06, 302/E/06, 626/E/06, 628/E/06, 747/E/06 y 1431/E/06, se originaron a partir de controles realizados en el marco de la ley n° 210, así como de denuncias de varios usuarios, donde se constataron diversas faltas, todas ellas contempladas en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación 6/2003; referidas a deficiencias en el servicio de barrido y limpieza de calles (art. 59 punto 12 PBC), irregularidad en la acumulación de residuos en diversos cestos papeleros (art. 59 punto 14 PBC), incumplimiento del servicio de recolección de residuos domiciliarios (art. 59 punto 10 PBC), incumplimiento del servicio de recolección de restos de obras y demoliciones (art. 59 punto 17 PBC), incumplimiento de recolección de restos verdes y podas (art. 59 punto 17 PBC). Asimismo hace un recuento de las fechas en que se habrían originado las Actas así como de las calles en las que se habrían constatado los incumplimientos,

dando cuenta que en cada expediente administrativo habrían tramitado faltas constatadas en distintas épocas así como en distintas calles o zonas.

Señala que durante la tramitación del sumario se respetaron el principio de garantía del debido proceso y el derecho de defensa de la sumariada; y que en el marco del mismo la instrucción concluyó que la recurrente resultaba pasible de la sanción prevista por el art. 59 en sus apartados 10, 12, 14 y 17 del Pliego, lo que derivó en que –previa intervención de la Secretaría Legal- se dictara la Resolución ahora recurrida.

Alega que no se encuentra afectado el principio de *non bis in ídem*, y que confunde la recurrente el llamado “Índice de Prestación”, o sea la fórmula por la cual se le abona por prestación o por trabajo efectuado, con las distintas multas que impone el Ente con motivo del incumplimiento derivado del control sobre la calidad del servicio.

Explica que la Dirección General de Higiene Urbana le exige a la prestadora el cumplimiento integral del contrato conforme el Pliego, y que si el mismo es efectuado de forma deficiente, se le abona en proporción al trabajo realizado, es decir se le hace un descuento en la liquidación mensual. Destaca que ello no empece que EURSPCABA haya intervenido aplicando multas como sanción por incumplimiento en la prestación del servicio por hechos denunciados (conf. Fs. 74/79 del expediente principal).

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación interpuesto. Para así decidir destacó que la recurrente en su escrito de inicio había admitido las facultades de control tanto del Ente como de la Dirección General de Limpieza y que el fundamento de la superposición atacada deriva de la aplicación de las normas contractuales, que prevén dicha posibilidad, sin que ello resulte violatorio de la garantía del *ne bis in ídem*. (Conf. Fs. 20/32 TSJ).

Contra dicho fallo URBASUR interpone recurso de inconstitucionalidad (conf. Fs. 1/8 TSJ), por entender que el mismo resulta violatorio de la garantía



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

del non bis in ídem implícita en el art. 33 de la Constitución Nacional y art. 13 y 18 de la Constitución de la CABA.

La Sala III rechazó el recurso intentado por cuanto no se verifica en este caso la concurrencia de un agravio constitucional en tanto el recurrente no ha podido demostrar cual ha sido el gravamen constitucional producido por el pronunciamiento atacado. (conf. Fs. 34 TSJ).

El rechazo del recurso intentado, originó la queja interpuesta por URBASUR (fs. 36/40), y así las cosas el Tribunal Superior de Justicia dispuso correr vista a esta Fiscalía General (conf. fs. 50).

III.- EL ROL DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL

Previo a efectuar cualquier consideración, conviene recordar el plexo normativo que habilita a este órgano de la constitución local actuar ante estos estrados.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispuso en el art. 124 que el Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, estableciendo que se encuentra a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor/a General y un/a Asesor/a General.

En esta inteligencia, entre las funciones asignadas estableció, en lo que aquí interesa:

- a) la promoción de la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y
- b) velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Por otra parte, la ley orgánica del Ministerio Público N° 1.903, modificada

por la ley 4891, previó dentro de las competencias del art. 17), “1.- Intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público. 2.- Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (...) 5.- Intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia. 6.- Velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales. 7.- Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal...”.

Por su parte, el art. 3 establece que el Ministerio Público ejerce la defensa del interés social de modo imparcial.

De lo expuesto se colige que el Ministerio Público Fiscal, en tanto actúa de manera imparcial, no ejerce la representación de parte en el proceso, en uso de las funciones y atribuciones conferidas le compete primordialmente la estricta defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, la normal prestación del servicio de justicia, la satisfacción del interés social, el resguardo del debido proceso y la observancia de las normas.

Dicha tutela, excede el mero interés particular y de sus planteos, siendo por tanto bienes indisponibles para las partes en particular.

Así lo ha sostenido la doctrina que ha señalado que “El Ministerio Público (...) es una parte especial que representa, en el proceso, al interés social en abstracto, independiente de la mayoría gobernante. Representa a la sociedad en su totalidad, como elegido defensor del orden jurídico al que la comunidad, en su conjunto, se somete. Por ello, al dictaminar, obliga que el juzgador pondere la interpretación que de la ley efectúa (...) No es menos obvio que la ley deberá, a su vez, establecer los casos en que la vista al fiscal, en todas las instancias, inclusive la de la Corte Suprema, ha de ser obligatoria y no optativa, como a veces se lo considera a raíz del resabio de la errónea idea de concebir al fiscal



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

como un mero asesor del tribunal, en lugar de aceptarlo como lo que es en rigor: El representante en el juicio del interés social, al que el juzgado, por tanto, le debe atender sus planteos. De esa suerte, el justiciable verá que sus reclamos, en los aspectos que hacen al orden público y al derecho federal serán resueltos a través de la coincidencia con los argumentos del fiscal, o bien por fundadas razones encaminadas a demostrar lo errado de éstos...” (v. Obarrio, Felipe Daniel, en *El Ministerio Público: Cuarto poder del Estado*, La Ley, 1995-C, 870, citado por Sabsay, Daniel Alberto, ob. Cit., ps. 390/391).

Asimismo, la CSJN ha hecho hincapié en éstas funciones asignadas al Ministerio Público, diferenciándolas de aquellas asignadas a los órganos que tienen por objeto defender a la Administración, al indicar que su actuación “...trasciende el exclusivo propósito persecutorio; y que el art. 25 de la ley encomienda a dicho órgano –entre otras funciones- promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (inc. a), representar y defender el interés público (inc. b), velar por la observancia de la Constitución Nacional y de las leyes de la República (inc. g) y por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal (inc. h)...”, indicando que le compete “...no sólo como titular de la pretensión punitiva que se ejerce en la esfera penal, sino también como magistratura de control, a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad...” (CSJN, *Líneas Aéreas Privadas Argentinas S/ infracción ley 11.683*, Recurso de Hecho, del 31/10/2006, voto en disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Con tal criterio expuesto, en cumplimiento de la manda constitucional y legal citada se ejercerá la respectiva tutela la cual podrá abstraerse de los agravios que pudieran ser planteados por las partes intervinientes en el proceso.

IV.- ADMISIBILIDAD

En cuanto a la admisibilidad de la queja, cabe señalar que la misma fue presentada en plazo, por escrito, ante el TSJ (art. 33 de la Ley N° 402 y 23 de la Ley N° 2145) y se dirige contra una sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa.

Por su parte, la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad intentando en tanto entendió que no se verifica la concurrencia de un agravio constitucional. Ahora bien, y tal como se desprende del Cap. IV de la Queja, la actora logra hacer una crítica de dicho argumento, en tanto pone en debate la interpretación del principio de *non bis in ídem* en el caso concreto. Por tal razón, entiendo que la misma debe ser admitida.

V.- EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo introducida en el recurso de inconstitucionalidad.

La recurrente centra sus agravios en la alegada violación al principio de *non bis in ídem*, y la afectación a los derechos consagrados en los art. 33 de la Constitución Nacional y artículos 18 y 13 de la Constitución Local.

Sostiene que la sentencia de la Sala concluye en la no aplicación de la garantía del *non bis in ídem* sin fundamento acabado. Sin embargo ello no es así.

Tal como apuntaran los votos que conforman la mayoría de la sentencia de la Sala III, las deficiencias del servicio sancionadas por el Ente y los incumplimientos al índice de prestación sancionados por la DGLIM, son faltas diferentes.

En tal sentido sostuvo la sentencia de Cámara que “la empresa actora no ha logrado demostrar la existencia de una duplicación de sanciones contractuales por el mismo hecho y las referencias a los principios aludidos o la existencia de facultades concurrentes no bastan para privar de validez la



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

resolución mencionada” y “el propio contrato incluyó el sistema de “índice de prestación” y sus penalidades como parte del régimen contractual. De forma tal que, según el propio pliego, la acumulación de sanciones bajo determinadas condiciones puede generar a su vez, penalidades por incumplimiento de los índices establecidos en el contrato”.

La actora en su recurso de inconstitucionalidad no hace sino reeditar los argumentos de la demanda. Así, no alcanza a demostrar que –de conformidad con las previsiones de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires –art. 138- y de las previsiones de la Ley 210- la aplicación de la multa de autos resulte conculcatoria de la garantía del art. 13 inc. 3 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires sobre la que pretende se configura en el presente un caso constitucional. Y es con dicho criterio que la Cámara oportunamente denegara el recurso de inconstitucionalidad, en tanto no alcanzó la actora a demostrar cuál ha sido el gravamen constitucional producido por la sentencia.

En definitiva, lo que la recurrente pone en tela de juicio es la interpretación que los magistrados hicieron de normas de rango infraconstitucional (art. 59 y 60 del Pliego de Bases y Condiciones, y art. 22 de la Ley 210). Prueba de ello es lo sostenido en su recurso de inconstitucionalidad cuando indica que “...*el régimen de penalidades es el establecido en el Pliego y no cabe ahora exportar teorías que no encuentran sustento alguno en la realidad de los hechos y las disposiciones contractuales aplicables*” (cfr. Punto 4.1 del Recurso de Inconstitucionalidad, fs. 4 vta).

Tal como lo señalara el Tribunal Superior “la regulación prevista en la citada ley 210 no prevé limitación alguna por la circunstancia de que exista una autoridad del contrato, distinta del EURSP, dotada del derecho a aplicar esas sanciones” y que “....conferida al ente la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada. En este terreno, por tanto, no son aplicables los

principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal. Esto último, reitero (ver punto 5), porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario”¹

Así las cosas, los argumentos de URBASUR carecen de aptitud para mostrar que lo decidido por la alzada no constituye una derivación posible del derecho aplicable a los hechos de la causa.

La recurrente limita su planteo a una disconformidad con lo resuelto por la Alzada, sin poder concretar una crítica certera del razonamiento seguido por los jueces de Cámara ni demostrar por qué la decisión a la que arriban colisiona con la garantía del debido proceso, y su derecho de defensa y la inviolabilidad de la defensa en juicio; limitándose la mera enunciación de los mismos.

Por su parte, y tal como señalara en su voto el Dr. Luis Lozano en oportunidad de resolver en los autos “Mantelectric”, la potestad sancionatoria ejercida en autos por el Ente deriva del contrato, y como tal no se trata de una actividad jurisdiccional sino netamente administrativa, sujeta a las propias reglas de la función administrativa, lo que excluye la aplicación de los principios de la función jurisdiccional y del derecho penal. Así las cosas, la alegada garantía del non bis in ídem, no sólo no se ve afectada sino que siquiera se encuentra en juego.²

Por último y en lo que a la tacha de arbitrariedad respecta, y por el modo en que se fundara el recurso de inconstitucionalidad, resulta palmario que la arbitrariedad denunciada constituye una mera discrepancia del recurrente con la decisión que impugna, en la medida en que no demuestra en forma clara, rigurosa e inequívoca los vicios que contendría la decisión cuestionada. Al respecto, V.E. tiene dicho que: “La admisibilidad del recurso por tal agravio debe

¹ Del voto en mayoría del Dr. Luis F. Lozano en “Mantelectric ICISA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Mantelectric ICISA c/ GCBA s/ otros rec. Judiciales c/ res. Pers. públicas no estatales”, sentencia del 10 de marzo de 2010.

² Ver el voto en mayoría del Dr. Luis F. Lozano en “Mantelectric ICISA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Mantelectric ICISA c/ GCBA s/ otros rec. Judiciales c/ res. Pers. públicas no estatales”, sentencia del 10 de marzo de 2010.



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

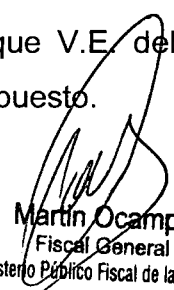
ser estricta pues, como lo tiene dicho el más alto tribunal federal 'Un principio sustancial que caracteriza a la doctrina de la arbitrariedad es su naturaleza excepcional' (Fallos: 312:195)". En palabras de la propia CSJN: "no tiene por objeto corregir pronunciamientos equivocados o que el recurrente estime tales en relación a temas no federales, pues su procedencia requiere un apartamiento indudable de la solución normativa prevista para el caso, o una absoluta carencia de fundamentación" (Fallos: 312:173), y ello por cuanto "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional" (Fallos: 312:246, 389, 608, 1839, entre otros).

VI.-

Por todas las razones expuestas, considero que V.E. debe admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Fiscalía General, 6 de agosto de 2015.

Dictamen FG N° 405-CAyT/15


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.


DIEGO F. PAUL
SECRETARIO
FISCALÍA GENERAL

