



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Expte. N° 12867/15 "Metrovías SA c/ Ente Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros rec. Judiciales contra res. Pers. Públicas no est. s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"; y acumulado **Expte. N° 12644/15** "Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Metrovías S.A. c/ Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ otros rec. judiciales contra res. pers. públicas no est."

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.- Objeto

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a efectos de dictaminar respecto de la queja (cfr., fs. 1579/1588) y, en su caso, del recurso de inconstitucionalidad denegado (cfr., fs. 942/951 vta.), ambos interpuestos por Metrovías S.A. (en lo que sigue, la parte actora) y respecto del recurso de inconstitucionalidad (cfr., fs. 927/941 vta.) parcialmente concedido al Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, EURSP), de conformidad con lo dispuesto a fs. 977 vta.

II.- Antecedentes y síntesis de la cuestión debatida

El recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido al EURSP (cfr., fs. 972 vta.) fue interpuesto contra la sentencia de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (cfr., fs. 915/922 vta.) en cuanto revocó la Resolución N° 83/08 del EURSP (Res. N° 83/EURSPCABA/2008) a través de la cual se impuso a Metrovías una multa de quinientos mil pesos (\$500.000) con fundamento en la Resolución N° 955/01 de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), el art.

Una firma manuscrita en tinta negra, que parece ser la del Fiscal General Adjunto.

7, inc. b), del Decreto 1798/94, los arts. 2, 15 y 16 de la Ley N° 757 y los arts. 1, 2 y 47 de la Ley Nacional N° 24.240 (cfr. fs. 45).

El eje argumental en el que coinciden los dos votos que conformaron la decisión de la Sala consiste en la existencia de un grave vicio en el procedimiento seguido por el EURSP, por cuanto no se le informó a Metrovías una imputación en los términos de la normativa por cuya transgresión fue finalmente sancionada. En efecto, los magistrados entendieron que esta omisión importó una lesión al debido proceso y al derecho de defensa de la actora (cfr. consid. VII del voto de la jueza Seijas a fs. 917 y vta., y consid. IV del voto del juez Centanaro a fs. 921 vta./922 vta.; cfr. asimismo consid. V de la resolución del 21/8/15, a fs. 971 vta.).

En su recurso de inconstitucionalidad, el EURSP se agravó, básicamente, por tres motivos:

- a) En primer lugar, consideró que la resolución de la Cámara contraría la doctrina delineada por el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) en los Exptes. N° 8860/12 “Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 23/10/13 y 9231/12 “Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 27/03/14.

Ello así, pues -en los citados precedentes- el TSJ sostuvo que la normativa vigente no establece en ninguna parte la obligación de indicar, en la formulación de cargos, la norma presuntamente infringida por el administrado y tampoco puede considerarse que resulte una exigencia derivada de los principios esenciales del derecho administrativo sancionador (cfr., fs. 930/933 vta.).

- b) En segundo término, afirmó que en el caso de autos se dio cabal cumplimiento al procedimiento -que comprende las prescripciones tendientes a garantizar el debido proceso- establecido en la Resolución N° 28/01 del EURSP (Res. N° 28/EURSPCABA/2001).



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Así señala que, en virtud, de dicho procedimiento la actora tomó vista de las actuaciones y efectuó el descargo correspondiente, destinado a cuestionar la competencia del organismo (cfr., fs. 934 vta./939 vta.)

- c) Por último, argumentó que el art. 19 de la Ley Nacional N° 24.240 establece que quienes presten servicios están obligados a respetar los términos del contrato de concesión, pero nada dice respecto de que se deba efectuar imputación de sanción alguna; tan sólo prevé un marco jurídico que encuadra una obligación genérica por parte de un prestador (cfr. fs. 939/940).

Por su parte, la queja deducida por Metrovías S.A. se dirige a cuestionar el auto denegatorio -cfr. fs. 972 vta.- del recurso de inconstitucionalidad interpuesto también contra la sentencia -obrante a fs. 915/922 vta.- en cuanto confirmó la competencia del EURSP para imponer sanciones como organismo regulador del servicio público de subterráneos.

Para rechazar el recurso de inconstitucionalidad la Sala interviniente entendió que en atención al modo en que se resolvió (revocatoria de la Res. N° 83/EURSPCABA/08), la recurrente no podía invocar gravamen alguno (ver fs. 971 punto IV y 972 punto II).

No obstante, en la queja Metrovías sostuvo esencialmente dos argumentos:

- a) Que la resolución recurrida violentaba derechos y principios de jerarquía constitucional (propiedad, legítima defensa, debido proceso y legalidad);
- b) Que de consentirla, estaría también ratificando una futura e hipotética penalización del EURSP, así como la hipotética ratificación de la Res. N° 83/EURSPCABA/08 en el caso de que V.E. admitiera el recurso deducido por el EURSP (cfr., fs. obrante entre fs. 1583 y 1584).



III.- Análisis de Admisibilidad

III. a) Recurso de queja deducido por Metrovías S.A.

La impugnación fue interpuesta por escrito, en legal tiempo y forma y ante el TSJ (cfr. art. 33 de la Ley N° 402).

El recurso no puede prosperar. Ello así, dado que Metrovías sólo demostró un agravio meramente conjetural y condicionado a la eventual revocación del fallo dictado. Al respecto, frente a esta última alternativa y ante un hipotético reenvío, el ineludible dictado de un nuevo pronunciamiento que pudiera resultar contrario a los intereses de Metrovías, determinaría la posibilidad de ser recurrido de modo tal que, en todo caso, el trámite posterior le otorgaría a la parte la posibilidad de hacer valer sus pretensiones.

Por tal motivo, corresponde rechazar el recurso intentado.

III. b) Recurso de inconstitucionalidad concedido al EURSP

El recurso fue interpuesto por escrito, en legal tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa y contra una sentencia que reviste el carácter de definitiva, por lo que, en tal sentido, se encuentran cumplidos los requisitos de los arts. 27 y 28 de la Ley N° 402.

En lo que respecta a la admisibilidad material, el EURSP logró plantear un genuino caso constitucional en tanto ha logrado demostrarla existencia de un caso constitucional relacionado con las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio. Por tal motivo, el recurso fue bien concedido.

IV.- Análisis de la cuestión debatida

La cuestión planteada por el EURSP ha quedado delimitada a determinar si los términos en que ha sido formulada la imputación en el sumario administrativo incoado por el EURSP contra Metrovías, es compatible con la garantía del debido proceso y de defensa en juicio.



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Adelanto que, en mi criterio, dichas garantías no han sido vulneradas y, por tanto, asiste razón al EURSP cuando afirma que la sentencia recurrida se contrapone con la doctrina sentada por el TSJ en los Exptes. N° 8860/12 "Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 23/10/13 y N° 9231/12 "Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 27/03/14.

Ello, básicamente, por tres argumentos:

a) La normativa procedimental aplicable no establece la obligación de indicar, en la formulación de cargos, la sanción aplicable.

b) A lo anterior, se agrega que tal exigencia no se corresponde con la naturaleza del proceso de derecho administrativo sancionador y;

c) Finalmente, Metrovías no ejerció –ni fue privado de ejercer– defensa alguna respecto de la conducta endilgada.

Con respecto a los argumentos a) y b) debe señalarse que, conforme la jurisprudencia del TSJ antes citada, no resulta necesario indicar en la formulación de cargos la sanción aplicable. Ello así, porque la normativa procedimental aplicable –Ley N° 210 y Resolución N° 28/GCBA/EURSP/2001– no establece esa obligación.

Asimismo, tampoco dicha exigencia puede derivarse de los principios esenciales del derecho administrativo sancionador (Expte. N° 8860/12 "Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 23/10/13, voto concurrente de las Dras. Conde y Weinberg, considerando 2).

En efecto, lo que se exige –según la jurisprudencia del TSJ– es que se le informe la materialidad de las infracciones, es decir, los hechos constitutivos de la infracción y que se le permita acceder al expediente para conocer las pruebas de cargo y poder efectuar el descargo correspondiente.

Cabe señalar que el EURSP efectivamente notificó a Metrovías que en el marco del Expte. N° 171/2004 y su acumulado 170/2004 existía mérito suficiente para la formulación de cargos por las presuntas infracciones a lo establecido en la Resolución N° 955/01 de la CNRT y que, en el plazo de diez (10) días debía tomar vista de las actuaciones, efectuar el descargo que estime corresponder y ofrecer la prueba que se pretenda hacer valer (cfr., fs. 62).

En este contexto, Metrovías se presentó –sin ofrecer prueba– manifestando que se le otorgó la concesión del servicio por Contrato suscripto el 23 de noviembre de 1993, aprobado por el Decreto N° 2608/93 del Poder Ejecutivo Nacional, que no se hallaba alcanzada por el Reglamento de Controversias y Sanciones del EURSP (Res. N° 28/EURSPCABA/2001) y que este organismo no tiene competencia para actuar en la especie (cfr. fs. 63/64). No se advierte, en consecuencia, que se haya visto imposibilitada de conocer los hechos denunciados, controlar la prueba y ejercer su derecho de defensa.

Al no señalar concretamente qué pruebas o defensas se habría visto privado de proponer, debe concluirse que el presunto defecto en el modo en que se formuló el cargo –esto es, la omisión de las normas en que se sustentaría la sanción– no trajo aparejado ningún gravamen, circunstancia que obsta a la procedencia de la impugnación sobre esa base. Ello es así porque no corresponde decretar la nulidad por la nulidad misma (cfr. TSJ, Expte. N° 6517, “Volkswagen Argentina SA c/ GCBA”, 10/8/2011, considerando 3.2 del voto de la jueza Conde)¹.

¹ En ausencia de una previsión normativa que señale expresamente requisitos adicionales o de circunstancias que impongan un criterio distinto, es razonable asumir que el derecho a ser informado de la acusación se refiere, fundamentalmente, a los hechos imputados. Aun sin ser doctrina de aplicación directa al caso, interesa observar que al analizar el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha destacado que el denominado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia debe versar sobre hechos o circunstancias contempladas en la acusación, de modo que una modificación en la



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

No puede pasarse por alto, además, que Metrovías brinda un servicio público en virtud de un contrato de concesión, lo que conlleva la facultad de imponer sanciones tanto por el régimen contractual aplicable como por las normas que resulten de aplicación en cada caso en concreto, entre las que se encuentra la Ley Nacional N° 24.240 (en adelante, "LDC") –para cuya aplicación es competente el EURSP por el art. 2 y concordantes de la Ley N° 210–.

Vale señalar que la actora no ha demostrado que la conducta endilgada no constituya una transgresión a las normas invocadas en el acto administrativo impugnado (entre ellas, el art. 7° inc. b del Anexo del Decreto nacional N° 1798/94, reglamentario del art. 7° de la LDC), ni que los términos en que esas normas definen la infracción por la que se la sanciona resulten insuficientes para satisfacer el principio de legalidad. Adviértase, a mayor abundamiento, que como reconoce prestigiosa doctrina, se trata de un ámbito en el que se impone cierta flexibilización del principio referido (cfr., Nieto García, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, pp. 190/191, Editorial Tecnos, Madrid, 2012).

Así las cosas, Metrovías no pudo desconocer que, ante el incumplimiento de una obligación normativa en materia de consumidores y usuarios, resultaría pasible de ser sancionada en los términos del art. 47 de la

calificación jurídica de esos hechos no importa, *per se*, una violación a la Convención ("Fermín Ramírez vs. Guatemala", 20/6/2005, párr. 67). A su vez, en ocasión de analizar la validez de un procedimiento administrativo sancionador, el mismo tribunal desestimó un agravio relativo a la ausencia de especificación de las imputaciones en contra del peticionario. Luego de considerar el modo en que se sustanció el procedimiento, concluyó que aquél "... razonablemente, podía tener claridad sobre *los hechos materia de investigación* que eventualmente podrían comprometerlo" ("López Mendoza vs. Venezuela", 1/9/2011, párr. 119, cursiva agregada). Por su parte, el Tribunal Constitucional español tiene dicho que "... las garantías impuestas por el derecho a ser informado de la acusación (...) no alcanzan a impedir que se produzca un cambio en la calificación de los hechos imputados, en cuanto se trata de una operación jurídica de subsunción del hecho en la norma, pero no una modificación sustancial de los fundamentos fácticos de la acusación y posterior sanción" (Sala Primera, sentencia 160/94, 23/5/1994, entre otros precedentes).

LDC. En consecuencia, como principio, la cita expresa de las normas de dicho régimen no resultaba imprescindible al momento de formularse el cargo a la actora.

En definitiva, la multa es una consecuencia de la infracción cometida. De allí que, a mi juicio, no resulta plausible el razonamiento que considera que existe violación a los principios de tipicidad y *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (cfr. considerando VIII del voto de la jueza Seijas, a fs. 917 vta./918). En todo caso, la alegada falta de precisión relativa a los términos en que se formuló la imputación a la empresa podría importar una lesión al derecho de defensa (argumento que, conforme se ha señalado, también debe ser desestimado), pero no guarda relación directa con los principios antes invocados. En esencia, lo que se procura con éstos es que la potestad punitiva del Estado sólo sea aplicada a las personas en razón de una norma previa, con cierto grado de certeza y rango de ley. Naturalmente, estas garantías deben observarse al momento en que la persona incurre en la conducta que se pretende sancionar. A su vez, también la sanción debe estar prevista en la ley.

Tampoco podía resultar ajeno a Metrovías que el art. 47 de la LDC prevé diferentes tipos de sanciones pero no establece una clasificación de conductas a las que correspondería cada una de ellas, así como tampoco instituye una escala para su graduación de acuerdo a la gravedad de la conducta infringida. Ello, debido a la razonable discrecionalidad que, en esta materia, debe concedérsele a la autoridad administrativa en función de las pautas previstas por el art. 49 de la LDC. En concreto, la Administración debe contemplar "...el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho" (cfr. art. 49 cit.).

Más aún, la circunstancia de que la Resolución CNRT N° 955/2001 no prevea sanciones en nada afecta este razonamiento. Ello es así porque tanto la infracción como la sanción impuesta se encuentran previstas en la LDC y su decreto reglamentario. En su caso, la actora debería haber explicado por qué el incumplimiento de la resolución citada no constituía una contravención a las normas del régimen de defensa del consumidor que dieron lugar a la multa. Esta omisión impide, además, tener por configurada una lesión a los principios de legalidad y tipicidad.

Por todo lo expuesto, corresponde: 1) rechazar el recurso de queja incoado por Metrovías; 2) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el EURSP; y 3) revocar la sentencia recurrida en lo que constituyó materia de agravio y reenviar las actuaciones a la Cámara para que dicte una nueva sentencia.

Se suscribe el presente de conformidad con la delegación establecida en el art. 6° de la Resolución FG N° 214/2015

Fiscalía General, 22 de abril de 2016.

DICTAMEN FG N° 280 -CAyT/16


Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Competencia Administrativa y Tributaria

Seguidamente se remiten estas actuaciones al TSJ. Conste.

