



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

**Ref. Expte. N°14958-A-12-18006 y
sus acumulados. Aumento de tarifas
transporte urbano y conurbano.**

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
SUBROGANTE
DR. JAVIER FERNANDEZ**

S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos los presentes actuados en los cuales se persigue la emisión del proyecto de Decreto que rola a fs. 75/79, mediante el cual se incrementa a partir del 01/01/2013, el costo por kilómetro recorrido por las empresas Concesionarias del Servicio Público de Transporte de Pasajeros Urbano y Conurbano de Mendoza, según las tarifas establecidas en el Anexo I.

Se han agregado a esta pieza administrativa las siguientes constancias relevantes: expedientes acumulados (exptes. 14963-A-12, 14951-E-12, 14957-A-12; 14949-T-12; 14948-T-12, 15956-E-12, 14955-E-12, 14954-E-12, 14952-E-12, todos ellos del ámbito 18006) con peticiones efectuadas el 7/12/12, de los representantes de las Líneas de transporte, por las cuales solicitan el ajuste tarifario en el marco del Decreto N°1321/08 acompañando sus estructuras de costos; Informe del Departamento de Control Económico Financiero de la Secretaría de Transporte, de fecha 13/12/12, en el cual se determinan y proponen el cuadro tarifario, a fs. 34/63; dictamen de la Asesoría Legal de la Secretaría de Transporte, a fs. 64; Nota de elevación del Sr. Secretario de Transporte al Poder Ejecutivo a fs. 74, proyecto de Decreto a fs. 75/79 y, finalmente, dictamen de Asesoría de Gobierno (N°933/2012 de fecha 20/12/12) a fs. 80/82.

I. - En este estado, toma intervención esta Fiscalía de Estado en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público

(protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) - arts. 177 de la Constitución Provincial, en concordancia con los arts. 8, 10, 47 y 48; y Leyes 728 y 4418 y Resolución 03/90 y 01/91 de Fiscalía de Estado-, considerando procedente efectuar las siguientes consideraciones:

1. El presente procedimiento se inicia y desarrolla en el marco de las previsiones de los arts. 162 de la Ley N°6082 y 2° y 3° del Decreto N°1321/08 (02/06/08, B.O. 04/06/08). La primera de las disposiciones citadas, reconoce como derecho del concesionario de servicio público de transporte la obtención de una rentabilidad promedio razonable, destacando que a tal efecto no se tendrá en cuenta a cada concesionario singularizado, sino a todo el sector de concesionarios que pueda considerarse homogéneo, en cuanto al tipo de servicio o tipo de zona servida. La previsión de las últimas normas señaladas, facultan al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte¹, para que en forma anual (año calendario) -actualmente Secretaría de Transporte según art. 34 inc. m y 35-, de oficio o a petición de los concesionarios, pueda realizar una evaluación de la estructura de costos, a fin de establecer si procede su modificación con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 162 de la ley N° 6082 citado precedentemente, autorizando además a la misma autoridad para que, a petición de los concesionarios o de oficio, pueda realizar una evaluación semestral del importe del precio por kilómetro del servicio de transporte público colectivo de pasajeros urbano y conurbano del Gran Mendoza, a fin de determinar si se han modificado los valores de los costos que lo integran conforme la estructura aprobada en la norma legal.

2. Se encuentran agregados los correspondientes informes contables y financieros que justificarían el aumento a otorgarse (conforme surge de fs. 36/63 y Nota de elevación de fs. 74 de la Secretaría de Transportes), dando el necesario sustento de razonabilidad a la medida a implementar (arts. 38 y 39 de la Ley N°3909), en tanto los órganos competentes para realizar los análisis correspondientes se han manifestado por la procedencia de los

¹ Actualmente, Ministerio de Infraestructura y Energía, según arts. 1, 22 y 23 de la ley N°8385.



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

mismos y su urgencia, sin que ello importe manifestación alguna sobre la materia desarrollada (toda vez que supera el marco competencial de este sector, así como su incumbencia profesional).

3. Es de conocimiento de esta Dirección de Asuntos Administrativos la existencia de una acción de amparo impetrada en contra del aumento otorgado por Decreto N°1204/12 y 1205/12 (causa N°124.912, caratulada "Villarroel Estefanía y otros. c/Gob. Prov. de Mendoza s/amparo", del 5to. Juzgado Civil, Comercial y Minas de la primera Circunscripción Judicial) y una acción de inconstitucionalidad en contra de las mismas normas legales (causa N°106.595, caratulada "Bordon Martinez Alexander y otros c/Gob. de la prov. de Mendoza p/acción de inconstitucionalidad", Sala Iera. de la Suprema Corte de Justicia) con fundamento específico en el art. 39 incs. a) y d) de la de la Ley 7412², que exige como recaudo previo a la materialización de modificaciones tarifarias la realización de una "audiencia pública". Ello es conteste con la previsión del art. 42 de la C.N. modificada en el año 1994, la que otorgó rango constitucional a este instituto participativo. En efecto, la incorporación del art. 42 de la C. Nacional ha llevado a diversos autores a considerar que los medios habilitados para la salvaguardia de los usuarios y consumidores, de los competidores económicos y de la transparencia del mercado, comprenden las acciones privadas que tiene derecho a emprender las personas físicas y las personas jurídicas y las acciones públicas a que están obligadas las autoridades, considerando entre estas últimas, a la "audiencia

² La acción también plantea como fundamento la falta de constitución del EPRT creado por Ley N°7412 y que aun no está puesto en funcionamiento, respecto de lo cual no se efectúan mayores comentarios toda vez que las competencias y obligaciones funcionales de ese organismos están expresamente asignadas por el art. 35 de la Ley N°8385 a la Secretaría de Transporte. Expresa el art. citado: "Artículo 35 - La Secretaría de Transporte creada por esta Ley será el organismo de aplicación de la Ley 6.082, del Decreto Reglamentario 867/94 y de las demás normativas concordantes, en el ámbito de sus respectivas competencias, en reemplazo de la Dirección de Transporte o de la Dirección de Vías y Medios de Transporte. Toda mención de la Dirección de Transporte o de la Dirección de Vías y Medios de Transporte en los textos legales, se entenderá referida a la Secretaría de Transporte. Toda mención del Director de Transporte o del Director de Vías y Medios de Transporte, se entenderá referida al Secretario de Transporte...".

pública" que proporcionan a la vez, defensa y participación" ³. "La importancia de la celebración de audiencias públicas y la necesidad de que sirvan a su objeto sin distorsiones provocadas por los factores de poder involucrados – oferentes de servicios públicos, asociaciones de defensas de los consumidores, profesionales relacionados con ellos y agentes estatales de cualquier jurisdicción- exigen la instrumentación de diferentes controles. En primer lugar para que la audiencia pueda celebrarse evitando que grupo de choque o agitadores la interrumpan. En segundo término para que todos puedan expresarse ...⁴".

4. Ahora bien, en el caso concreto deben analizarse algunos aspectos particulares que condicionan lo expresado previamente, toda vez que se observa, en forma evidente, que el mecanismo de audiencia pública previsto en los arts. 42 y 43 de la ley N°7412, NO SE ENCUENTRA ACTUALMENTE REGLAMENTADO, conforme ordena el art. 44 de la misma norma, y por lo tanto, su operatividad se vería obstada para el caso concreto toda vez que no están regulados los aspectos esenciales para materializar las mismas⁵, teniendo además en especial consideración la urgencia alegada y fundada en estas actuaciones en el marco de la disposición prevista en el art. 34 inc. k)⁶ de la Ley N°8385 (ver informe contable de fs. 36/63, dictamen jurídico de fs. 64, Nota de elevación de fs. 74 y dictamen N°933 de la Asesoría de Gobierno), lo que impide su reglamentación y operativización en forma temporánea para sostener los intereses públicos comprometidos. Al respecto, cabe señalar que es un principio general que la vigencia, validez y eficacia de la legislación en análisis no está, "prima facie", supeditada a la existencia de la reglamentación, pero ello en tanto la norma en cuestión sea lo suficientemente operativa para permitir su aplicación directa, tal como lo tiene

³ GELLI, María Angélica, en "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada"; con cita de Gordillo Agustín en su Tratado de Derecho Administrativo, T. 2 La Defensa del usuario y del administrado, 2da. Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, pág. VI-21. El autor, en impecable interpretación del art. 42, señala la naturaleza constitucional de la audiencia pública para la modificación de las tarifas de los servicios privatizados.

⁴ Nota N°1306 en libro citado precedentemente.

⁵ Esta postura ha sido sostenida por esta Dirección de Asuntos Administrativos en Expte. N°3052-S-2011-05179-"Solicita intervención de Fiscalía de Estado en la correcta aplicación de Ley N°8268 Liquidación Fondo Estímulo" y su acumulado N°3197-S-2011-01071 (Dict. N°834/07 del 05/07/12)..

⁶ Reconoce como competencia del Secretario de Transporte el "...k) Adoptar las medidas que, fundadas en el estado de necesidad, el caso fortuito, la fuerza mayor u otra circunstancia extraordinaria, fuesen conducentes para garantizar la continuidad, generalidad, igualdad o regularidad en la prestación de los servicios de transporte...".



resuelto la C.S.J.N. al entender que la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación directa de la norma legal cuya operatividad no ofrece dudas⁷.

Ahora bien, en caso de que surja la existencia de artículos o cláusulas "no operativas" o "programáticas" (como se desprende de las previsiones del art. 44 de la ley N°7412) la misma no adquirirá "operatividad" hasta tanto no se reglamente. En este sentido, corresponde en este marco, efectuar un breve desarrollo de las nociones que cabría asignar a los términos precedentemente consignados relativos a normas "operativas" y "no operativas" o "programáticas". Según sostiene Quiroga Lavié, refiriéndose a las normas constitucionales -conforme a su condicionalidad- pueden ser operativas o programáticas. Las operativas son las que no precisan ser reglamentadas ni condicionadas por otro acto normativo para ser aplicables. Las programáticas, en cambio, son las que tienen sujeta su eficacia a la condición de ser reglamentadas⁸, aunque también extiende la aplicación de estas nociones a la legislación en general al desarrollar los Reglamentos de Ejecución, al expresar que *"...aquí se reproduce la discusión sobre la operatividad o no de las normas constitucionales puesto que también las leyes pueden requerir o no de reglamentación, en este caso, por parte del Ejecutivo..."*⁹. Con similar criterio, Biscaretti Di Ruffia efectúa idéntica distinción respecto a la totalidad de las normas jurídicas¹⁰. Se puede en definitiva afirmar que, las normas de un tratado, constitución o una ley, por su naturaleza pueden ser operativas o programáticas. Estas últimas reclaman el complemento de otra norma que especifique y lleve a término el "programa" de la norma programática. Pero la norma está en el orden normativo, con naturaleza programática¹¹. En

⁷ C.S.J.N., Fallos: 262:468, caso "Campomar", 1965.

⁸ QUIROGA LAVIE, Humberto, en "Curso de Derecho Constitucional", 1987. p. 71.

⁹ QUIROGA LAVIE, Humberto, en "Derecho Constitucional Argentino", T II, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2001, p. 1107/1108.

¹⁰ BISCARETTI Di Ruffia, en "Derecho Constitucional", Ed. Tecnos. Madrid. 1973. p. 146.

¹¹ BIDART CAMPOS Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo III. Ed. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 1989. p. 126.

definitiva, en el caso concreto en que se verifica la existencia de este tipo normativo, se puede afirmar que la misma no resulta aplicable hasta tanto no sea reglamentada por el órgano competente y solo asiste en principio al demandante, derecho a reclamar su reglamentación, ya que si bien la norma programática concede la titularidad de un derecho genéricamente determinado, el mismo no se encuentra específicamente definido, por lo que para que tal situación se consolide es necesario el emplazamiento para que se reglamente la norma en cuestión. Así lo ha resuelto la S.C.J. Provincia al expresar: *"Tanto la leyes 4404 como la ley 6109, son operativas para el personal de la DGR y de Catastro y programáticas de las otras instituciones relacionadas con el control de las cuentas públicas de inversión. Para las otras dependencias estatales, se requiere, de acuerdo a la propia ley una reglamentación, que establecerá la ponderación de cada indicador, cómputo, pérdida del beneficio, forma y oportunidad de pago, y personal beneficiado. No existiendo tales pautas, no hay titularidad efectiva para el derecho reclamado. Por ello, el reclamo de cobrarlo sin estar concebido también es inoperante y es necesario emplazar al estado en la verdadera omisión, esto es reglamentar el beneficio, bajo apercibimiento de considerarse titular, es decir, la titularidad de un derecho genéricamente determinado pero no específicamente definido¹²..."* y que *"... Para efectivizar la titularidad del derecho, es importante emplazar al estado, respecto de la omisión de la reglamentación, bajo el apercibimiento de considerarse titular del derecho. No se trata de formulismos, el emplazamiento a producir el acto omitido es necesario para configurar exactamente la situación jurídica pretendida, es decir la titularidad de un derecho genéricamente determinado pero no específicamente definido. No es posible generar un derecho subjetivo a través de una sentencia judicial, si el mismo no ha sido conferido por la norma correspondiente, y éste es un presupuesto necesario para que proceda la acción procesal administrativa¹³..."*.

5. Sin perjuicio de lo expresado, atento al "status" constitucional involucrado en relación al instituto en análisis (audiencia pública) y su evidente trascendencia institucional y social, se recomienda proceder a emitir la

¹² S.C.J. de Mendoza, Expediente 65805 "Quiroga Celeste y otros c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/apa", 24-05-2002" LS 309-010.



reglamentación pertinente a través del órgano competente (en principio, la Secretaría de Transporte) a la brevedad posible, destacando que en caso contrario podría ser suplida tal actividad por decisión judicial (luego de cumplido el emplazamiento señalado ut. supra) en caso de que algún interesado recurra a la mencionada vía previo cumplimiento de los recaudos legales pertinentes. Bidart Campos señala ante la ausencia de reglamentación lo siguiente: *"Que es necesario conferirle desarrollo legislativo no lo negamos; lo que negamos es que a falta o escasez de legislación se atrofie el derecho que reconoce y garantiza la norma. Sobre todo los jueces deben desplegar una prudente actividad judicial en sus interpretaciones aplicativas... Los jueces son "autoridades" y la tutela que han de prestar no puede quedarles impedida por insuficiencia o ausencia de la ley"*¹⁴. Oportuno resulta señalar también, en el presente supuesto, lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en tanto han entendido que *"...Los jueces y la misma Administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario, pero sin depender que no hayan sido reglamentadas y aunque la ley disponga, en sus últimos artículos que "El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley"*¹⁵.

6. En relación al texto general del proyecto sometido a análisis, a fs. 47/49, no existen observaciones jurídicas que realizar, verificando que, "prima facie" se ajusta el mismo a las previsiones de los arts. 28 a 47 de la Ley N°3909, siendo la autoridad competente para emitir el mismo el Poder Ejecutivo Provincial (tal como se encuentra proyectado), en virtud de la norma

¹³ S.C.J. de Mendoza, Expediente N°66053 "Abaca Luis y otros c/ Gobierno de la Provincia por APA" 20-03-2001. LS 300-97.

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *"Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"*, Tomo IV. Ed. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 1995. p. 301.

¹⁵ S.C.J. Bs. As. "Carretto, Pedro J. C/ Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa" 1-12-98.

contenida en el art. 152 de la Ley N°6082 y 45 de la Ley N°7412¹⁶ y decreto 1321/08.

7. Por último, corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano de control al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia)¹⁷ o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la administración activa)¹⁸, conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación¹⁹, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido²⁰.

II. – En conclusión, en virtud de lo expresado y los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos de la Fiscalía de Estado de la Provincia, adhiriendo al Dictamen N°933/12 de la Asesoría de Gobierno, considera que puede la autoridad competente (Poder Ejecutivo provincial) emitir el proyecto de norma obrante a fs. 75/79, en los términos de los arts. 162 de la Ley N°6082, art. 45 y cctes. de la Ley N°7412, 34 inc. k) y m) y 35 de la Ley N°8385, arts. 2, 3 y cctes. del Decreto N°1321/08 y 28 a

¹⁶ Téngase presente que en este supuesto concreto no se advierte delegación de materia tarifaria prevista en el art. 45 de la Ley N°7412 como "indelegable", sino solo de la confección de los cuadros tarifarios vigentes en base a la variación establecida por el Poder Ejecutivo Provincial en uso de su facultad exclusiva y excluyente.

¹⁷ Ello tiene especial referencia en relación a los informes emitidos en el expediente.

¹⁸ En cuanto a la valoración que oportunamente realice el órgano competente respecto de la procedencia de la petición de adecuación de las tarifas, toda vez que los informes emitidos por los órganos de la administración consultiva no obligan a la misma.

¹⁹ Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "... no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)"; "...El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

²⁰ En este sentido, la P.T.N. ha entendido que: "...la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate, es decir, que esos informes merecen plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean fundados, precisos y adecuados al caso (PTN, Dictámenes; 200:116; 248:430; 259:233).



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

45 y 104 a 106 de la Ley N°3909 (dada la naturaleza reglamentaria de la norma), debiendo tenerse en especial consideración lo expresado en el punto I. 7.

PREVIO a remitir las presentes actuaciones al órgano de origen, considero procedente que se extraiga COPIA CERTIFICADA del presente dictamen y del emitido por la Asesoría de Gobierno a fs. 80/82 (Dict. 933/12), con el objeto de que sea remitido a la Dirección de Asuntos Judiciales, para que tome conocimiento de la posición asumida por este órgano a los efectos de la eventual defensa de la legitimidad de la medida y/o para su inclusión como hecho nuevo en las causas actualmente en curso (Acción de amparo y de inconstitucionalidad citadas en el punto I.3.) atento a que los fundamentos vertidos en el presente pueden resultar aportes complementarios, en tanto así lo entienda su elevado criterio.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Dict. N°01861/12.

Mendoza, 21/12/2012.

Mendoza, 21/12/12.

Compartiendo el suscripto el Dictamen N°01861/12 que antecede, y PREVIO cumplimiento de lo dispuesto en su último párrafo, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento y trámite del Sr. Secretario de Transporte, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.