



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

"BODART, ALEJANDRO CONTRA GCBA, SOBRE AMPARO", Expte: A444-2013/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de marzo de 2013.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. En primer lugar, creo oportuno recordar que el artículo 15 de la ley de amparo dispone que *"[c]uando la medida cautelar solicitada afect[e] la prestación de un servicio público o perjudi[que] una función esencial de la administración, el juez previamente le correrá traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de un plazo máximo de dos (2) días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida, pudiendo el juez rechazarla o dejarla sin efecto"*.

De acuerdo con lo ordenado por la previsión normativa transcrita, a fs 11 de estos autos se confirió al demandado un traslado en tales términos.

Frente a ello, a fojas 29/35 el Gobierno de la Ciudad se opuso a la petición del amparista, por considerar que el aumento del boleto *"ostenta justificaciones de tipo tarifario y financiero, a la vez que ha sido decretado en uso de facultades discrecionales del GCBA, ajenos al control de legalidad que proponen los actores"* –fs. 30 vta.–.

Asimismo, expresó –en lo sustancial– que se habían cumplido todos los trámites previstos por las normas aplicables para materializar el aumento de la tarifa –inclusive la instancia de participación ciudadana–, de modo que para determinar la inadecuación, discriminación, irrazonabilidad o injusticia del incremento debían analizarse los costos del servicio, extremo que –según afirmó– el accionante no ha propuesto en autos.

Finalmente, destacó que *"[l]a preservación del interés público debe perseguir un orden de prelación de los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, y en este caso, la posibilidad cierta de utilizar el servicio ininterrumpidamente, prevalece*

por ante la incidencia económica que genera el incremento tarifario” (vid. fs. 32 vta.)
y, también, formuló las reservas del caso constitucional y federal.

II. Por su parte, en cumplimiento del punto 3 de la parte dispositiva de la decisión de fojas 13/17, el pasado 20 de marzo el GCBA acompañó los antecedentes que motivaron el dictado de la Resolución N° 1798/SBASE/13 –fs. 29/35–, identificados como expedientes administrativos N° 841363/2013 iniciado por SBASE “*S/ actuación N° 0073-00041334 Ref. solicitud de dictamen s/ tratamiento modificación tarifa de servicios de subte*” en 105 fojas más la carátula y N° 234113/2013, iniciado por la Dirección General Técnica, Administrativa y Legal de la Jefatura de Gabinete “Proyecto de decreto” en 480 fs., documentación que ha sido reservada en Secretaría conforme constancias de fojas 35 vta.

Surge, en lo relevante, la siguiente documentación:

- (a) La “Propuesta del Nuevo Cuadro Tarifario” abordado en la audiencia pública del 1 de marzo de este año (fojas 7 a 10 vta. del expediente administrativo N° 841363/2013);
- (b) Un proyecto de resolución estableciendo el nuevo marco tarifario (fojas 90/92 del expediente administrativo N° 841363/2013);
- (c) Dictamen de la Procuración General previo al dictado de la Resolución (fs. 96/97 vta. del expediente administrativo N° 841363/2013)
- (d) Versión taquigráfica de la audiencia pública (fojas 11/89 del expediente administrativo N° 841363/2013);
- (e) Observaciones y opiniones respecto del proyecto de acto administrativo de modificación tarifaria, luego aprobado por Resolución N°1789/SBASE/13 (fojas 355/396 y 441/480 del expediente administrativo N° 234113/2013);
- (f) Informe final de la audiencia pública elaborado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad (EURSP) el día 13 de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

marzo, aprobado por Resolución N°182/2013 -fojas 402/438 del expediente administrativo N° 234113/2013.

III. Luego de recibidas las actuaciones desde el Ministerio Público Fiscal el 23/03/13 –cuyo dictamen luce a fojas 20/21–, los autos pasaron a resolver la medida cautelar solicitada –fojas 36–.

IV. En forma previa a ingresar al tratamiento del planteo a resolver, es preciso destacar que –como directa manifestación de la garantía a una tutela judicial efectiva (conf. artículo 18 CN, 13 inc. 3 CCABA y los diversos tratados contemplados en el art. 75 inc. 22 CN)–, las medidas cautelares son remedios procesales que tienden a impedir que –durante el tiempo que insume la tramitación del proceso– se vea frustrada la posibilidad de dictar una sentencia útil, como consecuencia de alguna circunstancia sobreviniente que imposibilite o dificulte la ejecución de una eventual resolución favorable. Se trata, entonces, de decisiones provisionales que tienden a conjurar el peligro de que la tutela jurídica definitiva que derivará de la sentencia a pronunciarse no pueda, en los hechos, realizarse. Por su intermedio se pretende evitar que, a raíz del mero transcurso del tiempo, los efectos del fallo final pudieren resultar prácticamente inoperantes (PALACIO LINO E., “Derecho Procesal Civil”, T. VIII, p. 34, Abeledo Perrot, 1992).

De acuerdo con estas consideraciones, la tutela cautelar enfoca sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (CSJN, *Fallos*, 320:1633).

En análogo sentido, la Cámara del fuero ha expresado que este tipo de medidas tienden a impedir que, durante el lapso que transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento definitivo, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible o dificulte la ejecución forzada o torne inoperante los efectos de la resolución (Sala II, *in re “La Rueca Porteña SACIFIA c/GCBA s/otros procesos incidentales”*, Expte: EXP 4073/1, sentencia del 17/09/02).

De tal forma, la intervención del juez, acotada a ese alcance, tiene por objeto efectuar un control preliminar, anticipado y limitado, cuya razón de ser radica en evitar que la ejecución del acto torne abstracto cualquier intento de discusión ulterior, tanto en sede administrativa como judicial; y cuyo fundamento ha sido hallado en “*la exigencia de igualdad entre las partes (CSJN, Fallos, 247:62; 251:336)*” (Sala I, *in re “Carrizo, Anastasio Ramón c/GCBA s/Medida Cautelar”*, EXP. 161/00, sentencia del 08/05/01).

Por su parte, en directa sintonía con la progresiva y saludable evolución pretoriana del instituto—ver entre otros, el *leading case* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Camacho Acosta Maximino c/Grafi Graf S.R.L.”, *Fallos*: 320:1633—el legislador de la Ciudad ha admitido la procedencia de las medidas precautorias aun cuando “*lo petitionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*” (art. 177 CCAyT, aplicable en la especie conf. art. 28 Ley N° 2145).

En términos concordantes, la normativa procesal local también ha admitido expresamente la facultad de los jueces para dictar medidas cautelares de contenido positivo (conf. art. 177 del CCAyT).

Por su parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley N° 2145 de Amparo, los recaudos sustanciales para la procedencia de medidas como la aquí solicitada son los siguientes: (1) la verosimilitud del derecho; (2) el peligro en la demora; (3) la no frustración del interés público; y (4) la contracautela.

En lo que respecta específicamente a las medidas cautelares relacionadas con la regulación, prestación o reestructuración del servicio SUBTE, análogos requisitos exige la Ley N° 4472 en su artículo 70, que expresamente aclara que el juez interviniente debe determinar la índole de la contracautela para cubrir los daños y perjuicios que pudieren derivarse de su otorgamiento, “*sin que esto pueda implicar un menoscabo a la tutela*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

cautelar".

V. Descripto el marco jurídico que resulta aplicable a la medida cautelar solicitada por el accionante, corresponde a continuación analizar si en el *sub lite* se ha acreditado suficientemente la presencia de los requisitos que condicionan su procedencia. Al respecto, es relevante recordar que –tal como ha señalado en innumerables oportunidades la Cámara del fuero– la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño e –inversamente– cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del *fumus* se debe atemperar (ver al respecto los *leading cases* “Ticketec Argentina S.A. c/ GCBA”, Sala I, resolución del 17/07/01; “Tecno Sudamericana S.A. c/ GCBA s/ Impugnación de actos administrativos”, Sala II, resolución del 23/05/01).

VI. En lo que respecta al primero de estos recaudos, para que resulte procedente la tutela cautelar, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en sostener que el peticionante debe acreditar la presencia del *fumus bonis iuris*, para lo cual deberá producir convicción en el tribunal sobre la probabilidad de existencia del derecho en que basa su pretensión. Es decir, para que el derecho invocado resulte verosímil, no es necesario probar con certeza su existencia, sino tan sólo su apariencia.

De acuerdo con estas consideraciones, se ha afirmado que “*las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo en grado de aceptable verosimilitud como probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetiva y prima facie lo demuestren*” (KIELMANOVICH, JORGE L., Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 51).

A su vez, nuestro Máximo Tribunal ha destacado reiteradamente que *“como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”* (CSJN, Fallos, 306:2060; 330:2610, entre muchos otros).

En la misma línea, la Corte ha sostenido que exigir un juicio de certeza contradice la propia naturaleza del instituto cautelar, que se desenvuelve en el plano de lo hipotético o aparente (CSJN, Fallos, 330:5226, entre muchos otros).

Por su parte, la Cámara del fuero ha reconocido expresamente que, para comprobar la verosimilitud del derecho, es suficiente con efectuar un juicio hipotético sobre la posible existencia del derecho invocado. En tal sentido, la Sala I tiene dicho que *“a los efectos de determinar la procedencia de una medida cautelar, debe comprobarse la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por la actora, de modo tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese derecho”* (in re “Slipak Edgardo Daniel c/GCBA s/otros procesos incidentales”, EXP. 19920/1, sentencia del 30/09/06).

En sentido concordante, la Sala II ha señalado –refiriéndose a las medidas cautelares– que *“la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, y ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica”* (in re “Gamondes María Rosa c/GCBA s/otros procesos incidentales”, EXP. 28840/1, sentencia del 13/06/08); y que *“no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otro que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético”* (in re “Instituto



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

Privado 9 de Julio Cooperativa de Enseñanza y Trabajo Limitada c/G.C.B.A. s/otros procesos cautelares", EXP. 316, sentencia 523 del 13/6/2001).

VII. En el *sub examine*, en sustento de la verosimilitud del derecho, el actor invoca diversos derechos de raigambre constitucional (vgr. los derechos de usuarios y consumidores, derecho al trabajo y a la protección del ambiente) que, según afirma, se verían irreversiblemente afectados en caso de que entrara en vigencia el nuevo cuadro tarifario establecido en la Resolución N° 1798/SBASE/13.

VII.1. A efectos de determinar si las afirmaciones del amparista son atendibles, creo relevante considerar –en primer lugar– el Informe que contiene la “Propuesta del Nuevo Cuadro Tarifario” presentado en la Audiencia Pública celebrada el 1° de marzo pasado, en el cual se señala expresamente que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al asumir la titularidad del Sistema de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (SUBTE), tiene como objetivo una prestación idónea, eficiente, y de calidad como asimismo la seguridad operativa del servicio público, teniendo como pieza clave de toda acción al usuario.

Claramente, los objetivos enunciados por el Gobierno en el documento citado son legítimos y su consideración resulta de especial importancia para asegurar la prestación segura, eficaz y adecuada del servicio. Al mismo tiempo, tampoco es posible desconocer que, por imperio de lo establecido en la Ley N° 4472, el Gobierno de la Ciudad titulariza –a través de SBASE– la facultad de establecer las tarifas para la prestación del servicio SUBTE (conf. artículos 27 a 32 de la mencionada ley).

En cuanto a la titularidad de esta facultad, resulta atinente citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la medida en que reconoce expresamente que “*el ejercicio de la potestad tarifaria reside en el poder administrador y ella no se ve afectada por la concesión a particulares de la prestación de un servicio*”

público. Antes bien, en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario” (CSJN, “Fernández, Raúl v. Estado Nacional /PEN s/ amparo ley 16.986”, 07/12/1999, Fallos 322:3013).

En el mencionado precedente, el Alto Tribunal también afirmó que el ejercicio de la potestad tarifaria en materia de servicios públicos no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad.

VII.2. No obstante, también es necesario tener en consideración que el marco constitucional y legal que rige al ejercicio de la potestad tarifaria establece obligaciones y limitaciones expresas y concretas que modulan las condiciones para su ejercicio. Así, por caso, el artículo 17 de la CCABA establece expresamente que *“La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”* (énfasis agregado). A su vez, el artículo 46 prescribe que *“[l]a 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”*.

En sentido concordante con los principios de universalidad y protectorio proclamados en las normas constitucionales, en lo que atañe específicamente al servicio SUBTE, el artículo 27 de la Ley N° 4472 establece un criterio rector esencial que delimita la facultad gubernamental para la fijación de la tarifa, al prescribir que ésta debe ser “justa y razonable” (conf. artículo 27).

En análogo orden de ideas, a efectos de poder evaluar si la tarifa que ha aprobado la autoridad de aplicación cumple con los estándares objetivos de justicia y razonabilidad que la ley consagra, en el artículo 28 se fija una clara distinción entre la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

“tarifa técnica” (que es aquella que refleja los “costos de la explotación del servicio SUBTE” y que, según expresa la norma, debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación) y la “tarifa al usuario” (esto es, aquella que efectivamente paga el usuario del servicio SUBTE).

En consecuencia, de acuerdo con los términos expresos del régimen jurídico creado por el legislador, debe existir una correlación razonable y justa entre ambas tarifas, de modo que la tarifa al usuario resulte una derivación justificada, razonada, proporcional y equitativa de la tarifa técnica.

Para asegurar esa correlación y, consecuentemente, hacer posible el control ciudadano sobre este aspecto reglado de la fijación del cuadro tarifario, el artículo 32 de la ya mencionada Ley N° 4472 dispone expresamente que tanto la “tarifa técnica”, como las “tarifas o cuadros tarifarios al usuario” –y sus modificaciones– deben ser sometidas a audiencia pública y publicadas en el Boletín Oficial, al menos con cinco días de anticipación a su entrada en vigor, para conocimiento de los usuarios (esto último, de acuerdo con el “principio de certeza tarifaria” que la doctrina deriva del artículo 1349 del Código Civil).

Respecto de los posibles parámetros y criterios para establecer la razonabilidad de la tarifa, cabe recordar que la Corte ha fijado algunas pautas orientadoras, al sostener que “*la tarifa razonable es la necesaria para cubrir el costo del servicio, los gastos de explotación, conservación, renovación y amortización del capital, más una utilidad razonable y justa*” (CSJN, *Compañía de Tranvías Anglo Argentina v. Nación Argentina*, Fallos 262: 555).

Finalmente, dentro de tal esquema deben también considerarse a los subsidios estatales, en tanto actúan como factor compensador de la ecuación económica.

VII.3. El análisis normativo y jurisprudencial precedente permite afirmar que ciertos aspectos de la competencia reconocida por la Legislatura al Poder Ejecutivo para

la determinación de la tarifa tienen un carácter eminentemente reglado, de modo que deben conformarse a los límites y condiciones expresamente impuestos en la ley que regula el ejercicio de dicha potestad.

Al caracterizar a las facultades como la que aquí se analiza, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado –en un muy conocido precedente– que *“mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)–, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional) [...] Superada en la actualidad la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal –por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad– se ha admitido hace ya largo tiempo que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apropiación legal, jamás extralegal o autónoma (confr. doctrina que emana del cap. IV, apart. 3º, párr. 6º de la exposición de motivos de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa española del 27 de diciembre de 1956)”* (CSJN, in re “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, sentencia del 23 de junio de 1992, Fallos 315:1361)

De acuerdo con estas consideraciones, el Máximo Tribunal ha considerado superada la antigua antinomia entre “facultades discrecionales” y “facultades regladas”, al afirmar que *“la tradicional distinción formulada por prestigiosos autores como Vivien*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

y Serrigny entre potestades regladas y discrecionales pierde en importante medida su interés original ante el reconocimiento de la existencia de elementos reglados aun en aquellos supuestos considerados tradicionalmente como actos no vinculados. A ello ha contribuido significativamente la comprensión de que la esfera de discrecionalidad susceptibles de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable. En otras palabras, que aun aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que “la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba” (D. M. K. Realty Corp. v. Gabel, 242 N. Y. S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar --como bien se ha señalado-- “una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, “Curso de derecho administrativo”, t. I, p. 433, 4ª ed., Ed. Civitas, 1984, Madrid). [...] En ese sentido, se admitió --siguiendo las enseñanzas vertidas en Francia por Edouard de Laferrière (“Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux”, 2º edition, Berger-Levrault et Cie., Paris, 1888/1896, vol. II, p. 424) y recogidas por el Consejo de Estado galo a partir de la decisión emitida en el caso “Grazietti” el 31 de enero de 190-- el abandono de la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque, el consecuente reconocimiento de la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo y la fiscalización de aquellos considerados anteriormente como discrecionales mediante el examen de sus elementos reglados (confr. voto de Belluscio en la causa L. 268. XXII “Leiva, Amelia Sesto de c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca” sentencia del 19 de setiembre de 1989)” (considerandos 8º y 9º, énfasis agregado).

En el precedente invocado el Máximo Tribunal también se ocupó de determinar el alcance del contralor que los jueces pueden ejercer respecto de tales competencias, al

señalar que “frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad –imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino–, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto (Rivero, Jean “Droit administratif”, p. 98, Ed. 12º ed., Ed. Dalloz, Paris 1987)” (considerando 10).

Siguiendo esta línea argumental, en lo que respecta específicamente a la facultad para fijar las tarifas de los servicios públicos, en otro precedente la Corte sostuvo que las atribuciones de la Administración Pública en materia de tarifas no se ejercen en forma discrecional, sino sujetas a la demostración objetiva del fundamento de las modificaciones que se efectúen (CSJN, “Maruba SCA. Empresa de Navegación Marítima v. Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación /Secretaría Mercante s/ incumplimiento de contrato”, 30/06/98, Fallos 321:1784, LA LEY, 1999-F, 455 –considerando 11–).

VII.4. En sentido concordante con estas consideraciones, el carácter eminentemente reglado que corresponde atribuir a la facultad para establecer la tarifa del servicio SUBTE ha sido expresamente reconocido por el Gobierno, cuando –al enunciar los principios que desde su óptica rigen la prestación del servicio– postula expresamente la necesidad de asegurar “tarifas justas y razonables”(es decir, que reflejen los “costos de explotación” conforme lo establece el art. 28 de la Ley N° 4472)



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

y, también, la importancia de implementar “*mecanismos que garanticen a los usuarios el libre acceso al servicio*” (vid. fojas 6 del Expediente Administrativo N° 234113/13).

VII.5. Una vez enunciada la plataforma jurídica que corresponde tener en consideración para determinar si es posible tener por acreditada la presencia del *fumus*, es menester determinar si –*prima facie*– el ejercicio de la potestad tarifaria materializado en la Resolución N° 1798/SBASE/13 habría cumplido las condiciones y limitaciones normativas expresamente establecidas en el régimen jurídico aplicable, de acuerdo con lo enunciado *supra*.

En efecto, si el análisis preliminar que corresponde efectuar en esta etapa introductoria del proceso permite concluir que los límites y condicionamientos normativos objetivos antes señalados habrían sido razonablemente considerados y observados, no resultará posible acceder a la pretensión cautelar esgrimida por el actor. Si, en cambio, este estudio provisorio y esencialmente mutable conduce a considerar que estos límites concretos y objetivos al ejercicio de la facultad para establecer la tarifa del servicio no habrían sido observados, o bien –como sostiene el amparista– ni siquiera habrían sido considerados, el derecho invocado para sustentar el pedido de tutela cautelar resultará suficientemente verosímil.

Pues bien, en el ya citado Informe presentado por la demandada en la audiencia pública celebrada sólo se mencionan, como causales justificantes del nuevo cuadro tarifario, dos circunstancias. Por un lado, se alude a la “*la verificación del hecho inflacionario en forma constante sobre los niveles de precios en bienes y servicios*” que, según se señala, “*evidencian una desactualización de la tarifa, en particular de los costos e insumos involucrados en el servicio SUBTE*”. En sustento de esta línea argumental, se afirma que “*el incremento generalizado de precios de la economía de nuestro país en el año 2012 se ha estimado en el orden del 26% según coinciden las paritarias establecidas para el personal afectado al SERVICIO SUBTE —siendo el*

misma el más relevante en la estructura de costos—, diversas mediciones llevadas a cabo por consultoras privadas y el índice de inflación difundido en las conferencias de prensa mensuales realizadas por legisladores nacionales”(fs. 8 y ss. del expediente administrativo 234113/2013).

Por el otro lado, se señala que un análisis comparativo del cuadro tarifario propuesto en relación con las tarifas de los subterráneos de otras ciudades latinoamericanas, como Santiago de Chile, San Pablo o Río de Janeiro muestra que el habitante metropolitano *“abona una tarifa que representa la mitad o hasta tres veces menos la tarifa de las ciudades mencionadas”* (fs. 10 del citado expediente administrativo)

Estas son, por otra parte, las únicas dos circunstancias que el Gobierno afirmó haber evaluado para establecer —el día 1 de marzo de este año— el nuevo cuadro tarifario.

VII.6. Un análisis liminar y provisorio de estos antecedentes —propio de la instancia cautelar— conduce a sostener que la demandada no habría considerado los recaudos cuya evaluación la Ley N° 4472 *expresamente* exige para que una modificación de las tarifas vigentes para el servicio SUBTE pueda ser considerada *prima facie* legítima, de acuerdo con las condiciones establecidas en el régimen legal aplicable (y que han sido especificados *supra*).

En efecto, la información incorporada al mencionado informe no permite establecer, ni siquiera por vía de inferencia, que se hubieran ponderado diversos aspectos sustanciales cuya determinación y valoración son exigidos por la normativa antes detallada. Así, por caso, no hay ninguna referencia ni indicación que permita establecer, al menos de manera indirecta, el valor de la “tarifa técnica” para la prestación del servicio. Mucho menos se la ha publicado en el Boletín Oficial para conocimiento de los usuarios, tal como exige el art. 32 de la ley.

En estas condiciones preliminares y de acuerdo con los escasos elementos hasta el momento aportados a la causa por el Gobierno, no resulta posible determinar si el valor de la “tarifa al usuario” establecida en la Resolución puede ser *prima facie*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

considerada una derivación justa, razonada, equitativa y proporcional de la “tarifa técnica”, tal como expresamente exigen los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 de la Ley N° 4472 y de conformidad con los principios de universalidad, uso generalizado, igualdad, no discriminación y generalidad establecidos en el artículo 15 incs. 3 y 5 de la mencionada ley.

Frente a esas circunstancias, no se presentan siquiera las condiciones mínimas necesarias para sustentar la validez del acto en su presunción de legitimidad (conf. artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos).

Abona esta conclusión lo señalado en el Informe sobre la Audiencia Pública que se acompaña como Anexo de la Resolución N° 182/13 del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuanto indica que “*a partir de la sanción de la mencionada ley [se refiere a la Ley N° 4472] se infiere la continuidad de los términos económicos de la concesión nacional hasta tanto no se implemente el acuerdo y/o la nueva concesión u operación a través de SBASE o la nueva sociedad a constituir. Esta continuidad en lo económico se expresa en la no determinación de la tarifa técnica tal cual se dispone en los arts. 28 y 74 de la Ley 4472/12. Se desprende del articulado de la Ley que corresponde esperar al cierre de las negociaciones entre SBASE y/o Metrovías y o su controlante para tomar conocimiento de la conformación de la ecuación económica del acuerdo*” (fs. 413 vta. del Expte. administrativo N° 234113/2013, énfasis agregado).

VII.7. De igual modo, la documentación acompañada no permitiría establecer si, para determinar la modificación tarifaria que instrumenta la Resolución N° 1798/SBASE/13, el Gobierno de la Ciudad efectuó previamente un análisis integral de la estructura de costos para la explotación del servicio SUBTE. Esta falta de determinación es problemática, y también debilita sensiblemente la presunción de legitimidad de la resolución mencionada, por múltiples razones.

En primer lugar, por cuanto ante la inexistencia de un estudio de costos completo y autosuficiente no resultaría posible establecer –ni siquiera a través del análisis preliminar y provisorio que caracteriza a la etapa cautelar– si los recursos que actualmente posee el Gobierno directamente afectados a la financiación de la prestación del servicio de SUBTE (que incluyen diversas fuentes de financiamiento, tal como surge claramente del artículo 40 de la Ley N° 4472 y de acuerdo a lo especificado las autoridades de la Ciudad y los directivos del concesionario en el marco de la audiencia pública) son o no suficientes para solventar los costos operativos inherentes a la prestación del servicio (incluyendo, claro está, una expectativa de ganancia razonable para el prestador privado del servicio y considerando, por supuesto, los diferentes subsidios que aquél recibe del Estado local, que según surge del Informe del Ente rondaron en el 76,3% sobre el total de costos y gastos operativos, sin que se conozca su exacta incidencia –fs.423 vta. y 437 del expediente administrativo N° 234113/2013–).

Al respecto, en el Informe presentado por el Ente Único Regulador –ya citado– se expresa que *“debido a la falta de datos desagregados sobre la gestión de la prestataria relacionados con la inversión y mantenimiento de la red, no resulta posible, para los alcances de este análisis, evaluar cambios en la productividad de la empresa que pudieran haber resultado en cambios de la ecuación económica-financiera”* (fojas 423 del expediente administrativo N° 234113/2013).

En segundo término, la orfandad informativa en relación con los costos del servicio impide evaluar con algún grado de certeza el impacto que habría tenido sobre éstos la evolución del índice de inflación. Si bien es evidente que el fenómeno inflacionario se ha mostrado persistente y continuo, ya sea que se consideren los índices oficiales que publica el INDEC o bien otras fuentes alternativas, al tratarse de un índice promedio (que mide su incidencia general sobre la actividad económica) no podría simplemente afirmarse que su impacto sobre la tarifa del SUBTE sea directamente proporcional a su evolución general. Por el contrario, en la medida en que se trata de un cálculo que presenta una especial complejidad técnica, debería ser objeto de adecuada demostración. En principio, parecería que para calcular su incidencia en el valor de la tarifa es necesario, al menos, establecer el incremento individual de cada uno de rubros



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

que integran los costos de prestación. En la documentación acompañada no existen constancias de que este cálculo hubiera sido realizado por el Gobierno.

VII.8. Asimismo, en la medida en que no se habría establecido la composición de los costos de prestación del servicio, tampoco resultaría posible determinar si, en la actualidad, el aumento de la tarifa decidido en enero de 2012 (conf. Decreto N° 27/12, que estableció un incremento del 127% en el valor del boleto) habría sido insuficiente para equilibrar la ecuación económica del servicio. Se trata de un aspecto esencial para poder establecer si el nuevo aumento (que implica un incremento adicional del 40% del valor del boleto) cumple con las condiciones de “razonabilidad” y “justicia” establecidas en el artículo 27 de la ley.

VIII.1. Por otro lado, tal como se ha expresado más arriba, tanto la Constitución de la Ciudad como la Ley N° 4472 consagran como uno de los principios rectores para la prestación del servicio de SUBTE a su *universalidad* (arts. 14, 15 inc. 3 y 5), que reposa sobre la máxima de que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio, incluso como una derivación del sistema de valores en materia de derechos humanos (Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 2, 9° edición, Buenos Aires, FDA, 2009, pág. VI-43).

En tal sentido, de acuerdo con el modelo de democracia inclusivo e igualitario adoptado por el pueblo de la Ciudad Autónoma en su Constitución, las autoridades públicas de la Ciudad están obligadas a asegurar el acceso irrestricto a la prestación de los servicios públicos (en especial, aquellos que se prestan en condiciones monopólicas, como ocurre en este caso) a los sectores más vulnerables y desaventajados.

A esos fines, la Carta Magna local impone en su artículo 17 un mandato expreso a las autoridades de la Ciudad, al exigirles que instrumenten políticas sociales que permitan asistir a las personas con necesidades insatisfechas y que promuevan el acceso

a los servicios públicos de los sectores más necesitados.

En términos análogos, en lo que respecta específicamente a la prestación del servicio de SUBTE el artículo 36 de la Ley N° 4472 estableció lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en otros ordenamientos, la Autoridad de Aplicación deberá subsidiar la totalidad de la tarifa a aquellas personas que padezcan limitaciones físicas que impliquen un impedimento al acceso al servicio, jubilados y/o pensionados así como estudiantes del ciclo primario de gestión estatal. Asimismo, podrá subsidiar en forma total o parcial la tarifa a aquellas personas que integren sectores sociales vulnerables que serán determinados por la autoridad de aplicación. En ambos casos, la Autoridad de Aplicación podrá disponer que se financie con recursos del FONDO SUBTE”*.

A su vez, el artículo 28 de la ley establece una clara distinción en su segundo párrafo entre la “tarifa al usuario” y la “tarifa de interés social”.

El instituto de la tarifa social podría ser uno de los medios al alcance de las autoridades públicas para asegurar posibilidades reales de acceso a un servicio público prestado en condiciones monopólicas. Es, en efecto, frecuentemente relacionado en doctrina con la universalidad del servicio público y con el principio de igualdad tarifaria (CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, LL, 2002-B-855). Se la define como un aporte de solidaridad que la sociedad debe tomar a su cargo con relación a los sectores que, por sus características socioeconómicas, no tienen posibilidad de acceder al servicio en condiciones normales (vgr. carenciados, jubilados, estudiantes, trabajadores con bajos ingresos, etc.).

Al respecto, en el Informe elaborado por Ente Único Regulador, ya citado, se señaló que *“es fundamental incorporar el concepto de tarifa social como constitutivo e integrador de toda regulación tarifaria de un servicio público, en particular en la determinación de las tarifas en el transporte público masivo. Más si consideramos – como es el caso del transporte de subterráneos la eliminación de los subsidios (compensación por mayores costos por parte de la Nación– que un porcentaje importante de usuarios del servicio necesita una tarifa diferenciada para poder acceder*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

al mismo. La Tarifa Social debe garantizar el acceso a los servicios públicos de todos aquellos ciudadanos-usuarios, que por dificultades económico-sociales no pueden acceder a los mismos sin este medio" (fs. 414 del expte. adm. N° 234113/2013), agregando que *"las políticas de transporte público con tarificación social constituyen medidas para combatir la exclusión social, la degradación ambiental y la congestión"*.

VIII.2. De acuerdo con estas consideraciones, un análisis somero y liminar del contexto normativo mencionado permite advertir que, para cumplir con el mandato constitucional y legal que impone a las autoridades públicas la obligación de garantizar el acceso universal al servicio, es imprescindible que la modificación del cuadro tarifario vigente vaya acompañada, al menos, de un análisis del impacto que la nueva tarifa tendrá en los sectores más vulnerables y, también, de la implementación de alguna política pública que garantice adecuadamente que quienes acrediten fehacientemente que no poseen recursos suficientes para costear el nuevo valor de la tarifa (sin afectar con ello necesidades esenciales) podrán, de todos modos, acceder a la prestación del servicio.

A esos fines, la Ley N° 4472 ha establecido como alternativa la fijación de una "tarifa social", pero deja en manos del Ejecutivo su diseño e implementación, siempre con el fin de asegurar eficientemente la prestación igualitaria y universal del servicio SUBTE frente a un aumento tarifario. Entonces, frente a una expresa exigencia constitucional –esto es, garantizar el acceso al servicio a quienes tienen menores posibilidades–, las autoridades de la Ciudad no están facultadas, sino *obligadas* a actuar. En efecto, la Administración no puede, frente a un expreso mandato constitucional de actuar, elegir no hacerlo (en sentido concordante, ver el conocido fallo de la Sala I, *in re* "Mansilla María Mercedes c/GCBA s/amparo", Expte. EXP 13817/0, sentencia del 13 de octubre de 2006, considerando XL).

Ello no importa, claro está, que no exista cierto margen de apreciación razonable

respecto de la elección de los medios a través de los cuales habrá de cumplir con el mandato constitucional. En consecuencia, si bien el Gobierno puede optar entre diversas alternativas para asegurar el acceso universal, lo que no puede hacer, en cambio, es prescindir de planificar y poner en práctica una política de acceso igualitario al servicio para los sectores más vulnerables.

Ahora bien, de acuerdo con la documental acompañada, hasta el momento las autoridades del Gobierno de la Ciudad no habrían establecido –en forma paralela a la decisión de aumentar la tarifa– algún mecanismo que asegure el acceso al servicio de SUBTE a aquellas personas que, por su pertenencia a grupos sociales vulnerables, no pudieran afrontar el nuevo costo del pasaje.

En sentido concordante, en el Informe ya citado el Ente Único Regulador señaló también que *“a la fecha la empresa concesionaria Metrovías S.A. ofrece algunas franquicias y subsidios como por ejemplo para: escolares primarios de escuelas públicas, estudiantes secundarios, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, maestros, jubilados/pensionados y discapacitados. Sin embargo, en la presente propuesta de aumento tarifario no se ha incorporado subsidios focalizados por nivel socio-económico específicos para personas que no puedan afrontar los costos del viaje. A modo de ejemplo el Gobierno de la Ciudad cuenta con los padrones de beneficiarios de la tarjeta de Ciudadanía Porteña lo que le permitiría contar con la información necesaria para implementar los beneficios”* (fs. 414 vta.del expte. adm. N° 234113/2013, énfasis agregado).

Esta omisión refuerza, en consecuencia, el resultado positivo del juicio de comprobación de la verosimilitud del derecho invocado por el actor en sustento de su pretensión suspensiva.

IX.1. De conformidad con lo explicado *supra*, la normativa antes reseñada también exige la presencia del requisito del *peligro en la demora*, cuya comprobación requiere evaluar el riesgo de que, sin el dictado de la medida solicitada, la tutela jurídica definitiva que se espera de la sentencia no logre, en los hechos, su cometido.

En consecuencia, este presupuesto se configura cuando existe urgencia en evitar



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

que la demora en la resolución del pleito principal pueda causar perjuicios apreciables al solicitante, de modo que el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión resulte tardío (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO – FERNÁNDEZ TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1998, p. 628).

Al analizar el mencionado recaudo, la Corte Suprema ha afirmado que *“el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia”* (CSJN, Fallos 306:2060 y 319:1277, entre otros). En análogo sentido se ha pronunciado la Sala II del fuero en autos *“Gamondes, María Rosa c/GCBA s/otros procesos incidentales”*, ya citado.

Recientemente, la Sala I ha reiterado que identifica el peligro en la demora con *“el riesgo probable de que la tutela jurídica efectiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes* (Palacio, Lino E. *“Derecho Procesal Civil”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, t. VIII, págs. 32 y 34; esta Sala in re *“Ortiz Célica y otros c/ GCBA s/ Amparo s/ Incidente de Apelación”*, expte n° 2779)” (in re *“Basta de demoler y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales*, Expte. 43943/1, sentencia del 2/11/2012).

A su vez nuestro Máximo Tribunal ha señalado el peligro en la demora *“debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas”* (Fallos: 318:30; 325:388).

En sentido concordante y en lo que respecta específicamente a la prestación de los servicios públicos, se ha señalado que –al examinar la procedencia de una medida

cautelar– debe primar la protección del derecho más vulnerable, de manera que ante la inminencia del aumento cabe proteger al usuario que se quedará fuera del acceso al servicio (ver CNCAF, Sala V en “*Defensor del Pueblo de la Nación –inc. Med.- c/ EN –M° Planificación y otro- SE- Resol. 1169/08 745/05 y otras s/ proceso de cocimiento*”, causa 9729/2009, sentencia del 1/9/2009, y “*Defensor del Pueblo de la Nación –inc. Med.- c/ EN –Dto. 2067/08- MS Planificación- Resol 1451708 y otros s/ proceso de cocimiento*”, causa 6530/2009, 10/9/2009).

IX.2. Pues bien, una vez aplicadas estas nociones al caso de autos es posible concluir que el presupuesto en análisis se encuentra presente.

En efecto, las circunstancias antes narradas me convencen acerca de que la entrada en vigencia del nuevo cuadro tarifario –establecido por la Resolución N° 1798/SBASE/13–sin que la Ciudad hubiese instrumentado y ejecutado algún tipo de política pública permitiendo y asegurando el acceso al servicio a aquellas personas que no disponen de recursos suficientes para pagar la nueva tarifa, podría causar un perjuicio de muy difícil o, directamente, de imposible reparación ulterior.

En tal sentido, en el Informe elaborado por el Ente Único Regulador se afirma que entre el año 2011 y el 2012 se produjo una merma de casi el 24% en el volumen general de pasajeros pagos, aunque aclarando que no puede que toda la disminución haya sido “exclusivamente” como consecuencia del anterior aumento –dispuesto por el Decreto N° 27/12– (ver fojas 436 vta. del expte. adm. N° 234113/2013).

Asimismo, en el citado documento se señala que –hasta el momento– el Gobierno no habría realizado los estudios necesarios para determinar cuál podría ser el impacto de la suba del boleto en el universo de usuarios del servicio.

Estas circunstancias permiten inferir –al menos con la provisoriedad exigible en esta etapa del proceso– que un nuevo aumento podría tener un efecto similar al que tuvo la anterior modificación de la tarifa y que, según informó el Ente, determinó que un grupo relevante de usuarios ya no pudiera afrontar el nuevo costo del pasaje.

En ese contexto, ante los evidentes perjuicios para un grupo numeroso de usuarios que plausiblemente podrían derivarse de la ejecución del acto cuestionado,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

corresponde concluir que el peligro en la demora invocado por el actor aparece como razonablemente configurado en autos.

X. En tercer lugar, la normativa aplicable exige, como presupuesto para la viabilidad del tipo de tutela solicitada, a la contracautela.

Se trata, de acuerdo con lo que señala la doctrina, de un medio legalmente implementado para garantizar al sujeto pasivo de la medida cautelar cualquier posible resarcimiento de los daños que pudiera acarrear la tutela preventiva concedida, si se verifica que el solicitante abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla (SABA PAULA A. y BARBARÁN JOSEFINA, *Código Contencioso Administrativo y Tributario, comentado y anotado*, (Dir.) CARLOS F. BALBÍN, Ed. Abeledo Perrot, Tercera Edición actualizada y ampliada, Tomo I, p. 587).

Originalmente, al sancionar el CCAyT, la Legislatura de la Ciudad no había previsto este requisito para ninguna de las medidas cautelares allí previstas –capítulos I y II del Título V–. Sin embargo, la Cámara entendió –ya en sus primeras decisiones– que se trataba de un recaudo implícito, que podía derivarse de lo previsto en el artículo 6° de la Ley N° 7, en cuanto establece que “*no pueden exigirse fianzas, cauciones o contracautelas que tornen ilusorio el derecho que se pretende hacer valer*” (Sala I, *in re* “Casa Abe S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa– art. 277 CCAyT”, Expte. 271, sentencia del 23/02/01).

Con posterioridad, y en sentido concordante con el desarrollo jurisprudencial efectuado por la Cámara, la Ley N° 2145 de Amparo incorporó expresamente a la contracautela como uno de los presupuestos exigibles frente al pedido de dictado de una medida cautelar en este tipo de procesos (conf. artículo 15).

A su vez, el artículo 70 de la Ley N° 4472 también la incluyó entre los recaudos que condicionan la procedencia de una medida cautelar vinculada con la regulación, prestación y reestructuración del servicio SUBTE.

Asimismo, ambas normas han establecido expresamente que “[e]l/la Juez/a interviniente debe determinar la índole de la contracautela para cubrir los daños y perjuicios que pudieran derivarse de su otorgamiento, sin que esto pueda implicar un menoscabo a la tutela cautelar”.

X.1. De acuerdo con las pautas normativas antes referidas y en el marco de las circunstancias antes analizadas, queda claro que la contracautela exigible en autos al actor no puede derivar en “un menoscabo a la tutela cautelar”

En similar orden de ideas, al momento de establecer el tipo de contracautela exigible en cada caso concreto, en diversas decisiones judiciales se advierte que se ha relacionado directamente a este recaudo con el del *fumus bonis iuris*, de modo que ante una mayor verosimilitud en el derecho, menor es la exigencia en cuanto a la clase y caudal de la caución (C. Nac. Civ., Sala M, “Ballare Claudia c/Romero María Lidia”, sentencia del 13/09/07).

Con igual criterio, la Sala II del fuero señaló que “[e]l monto de la caución se halla librada –en primer lugar– al criterio del juez de grado y, en el caso, a la luz de la verosimilitud del derecho invocado por la parte actora” (“Viajes Apolo S.R.L. c/ G.C.B.A. s/Acción Meramente Declarativa (art. 277 CCAyT)”, EXP 98.0, sentencia N° 487 del 30 de mayo de 2001).

X.2. Entonces, en razón de los intereses comprometidos, la fuerte verosimilitud alcanzada por el planteo cautelar efectuado por el amparista y la adecuada acreditación del peligro en la demora, corresponde concluir que, en el *sub lite*, resulta suficiente la caución juratoria ofrecida por el actor a fojas 4 de estos autos (en sentido concordante, ver el precedente de Sala I, *in re* “Pusso, Santiago contra GCBA sobre otros procesos incidentales”, EXP 26089/1, sentencia del 26/09/07).

XI. Finalmente, la normativa ya reseñada exige, para la procedencia de una medida como la aquí solicitada, la “no frustración del interés público” (conf. artículo 15 de la Ley N° 2145 y 70 de la Ley N° 4472).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

A efectos de delinear los caracteres que definen a este presupuesto, se ha afirmado que su comprobación requiere ponderar si el perjuicio al interés general que supondría dictar una determinada medida cautelar es mayor o menor al derivado de no dictarla, de manera que a esos fines es necesario indagar, en cada caso, *“la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues como hemos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables”* (SIMÓN PADRÓS, RAMIRO, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 292).

En términos análogos se sostiene que el interés público que podría obstar al reconocimiento de la tutela cautelar solicitada no puede ser aquel perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad (ESCOLA HÉCTOR J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 240 y ss.).

A su vez, la Sala II del fuero ha precisado que debe tratarse no del interés público genérico que obviamente debe perseguir toda la actuación de la administración, sino de un interés público específico, de singular trascendencia, cuya prevalencia exija la ejecución inmediata del acto cuestionado (*in re* “Boscolo Elsa c/ GCBA sobre empleo público”, sentencia del 16/08/01, LL 2001 F-859).

Por su parte, en lo que respecta a la vinculación de este recaudo con la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se ha afirmado, con agudeza, que *“el juez debe valorar el derecho individual y el peligro con sus correspondencias con el interés público y hacerlo según las circunstancias del caso. Así, si el peligro es cierto y grave y el derecho claro, entonces, el interés colectivo –el derecho de los otros– es necesariamente menor”* (BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, 2007, Tomo II, p. 778).

En el mismo sentido, se ha dicho que *“no existe razón de interés público que*

justifique apartarse de nuestra Ley Fundamental, pues el primer interés público es asegurar el imperio del derecho” (LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, “Las facultades de los organismos recaudadores en nuestro ordenamiento jurídico”, LA LEY, 1/9/2009, p. 5 y ss.).

XI.2. De acuerdo con estas pautas, para determinar si es plausible invocar en autos un interés público con relevancia suficiente para obstar al dictado de la medida que se solicita, es relevante recordar que –en cumplimiento de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 15 de la Ley N° 2145– a fojas 11 y 23 y vta. se dio traslado a la accionada para que se expidiese dentro de un plazo máximo de dos días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida.

Ahora bien, en los argumentos desarrollados en el escrito presentado evacuando el mencionado traslado (vid. fs.29/35), el Gobierno no invocó ni acreditó la existencia de un interés público concreto y con suficiente entidad –de acuerdo con las pautas desarrolladas *supra*– que pudiese obstar al reconocimiento de la tutela requerida por el amparista en esta causa. Mucho menos alegó que la continuidad del servicio pudiera verse amenazada por la medida, que es, en definitiva, lo que pretende prevenir el citado artículo 15 de la Ley de Amparo.

Por su parte, al momento de analizar la presencia del presupuesto del peligro en la demora ya he señalado que, de acuerdo con las circunstancias evaluadas, existiría un riesgo concreto de que –en caso de entrar en vigencia el cuadro tarifario establecido en la Resolución N° 1798/SBASE/13– un importante porcentaje de actuales usuarios del servicio SUBTE enfrentara serias dificultades para seguir utilizando el servicio o, directamente, ya no pudiera utilizarlo.

Consecuentemente, más allá de la ausencia de demostración de un interés público relevante que pudiera justificar no acceder a la tutela cautelar solicitada, también parece plausible sostener que resulta más adecuado al interés de la comunidad la preventiva suspensión del nuevo cuadro tarifario, mientras el demandado no acredite fehacientemente que se ha dado adecuado cumplimiento a los recaudos y condiciones constitucionales y legales analizadas precedentemente.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia"

XII. La singular situación hasta aquí evaluada, en el contexto de las previsiones constitucionales y legales aplicables al *sub lite*, conducen a admitir la pretensión cautelar del accionante y, en consecuencia, suspenderla entrada en vigencia de la Resolución N° 1798/SBASE/13 hasta tanto se resuelva la pretensión de fondo del actor.

Ello no obsta, claro está, a que en caso de modificarse las circunstancias tenidas en cuenta para adoptar la presente decisión (y que han sido detalladas en los considerandos VII.6, VII.7, VII.8 y, especialmente, VIII.1 y VIII.2 de este pronunciamiento), el demandado pueda hacer uso de las facultades procesales previstas en los artículos 182 y 183 del CCAyT (aplicables supletoriamente al presente proceso por imperio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley N° 2145).

Por todo lo expuesto, **RESUELVO:**

I. ORDENAR, con carácter cautelar, la suspensión de la entrada en vigencia de la Resolución N° 1798/SBASE/13, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo debatida en estos autos.

II. TENER POR PRESTADA la caución juratoria ofrecida a fojas 8 vta. del escrito de inicio.

III. DAR TRASLADO de la demanda al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el término de 10 (diez) días (conf. art. 11 de la Ley N° 2145).

Regístrese, notifíquese con carácter de urgente y con habilitación de días y horas a la actora, a SBASE y a la demandada. A tal fin, désignase como oficial notificador *ad hoc* a **Rodrigo Alberto Chiodi, DNI 33.811.839, legajo N° 3170.**

