



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Ref.: Expte. N° 12820-D-2017-18006
"20-70899154-7 AUTO TRANSPORTE
EL TRAPICHE SRL".

AL SEÑOR FISCAL DE
ESTADO DE LA PROVINCIA
DE MENDOZA
DR. FERNANDO SIMÓN
S _____ / _____ D

Las actuaciones administrativas de referencia han sido remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado para su intervención y dictamen en relación a la solicitud de los concesionarios de los distintos grupos del Servicio Público Regular de Transporte Urbano y Conurbano de Pasajeros, para la adecuación del valor del costo kilómetro y eventual actualización de la tarifa en función de las modificaciones que denuncian sobre sus costos operativos, a cuyos términos y lectura me remito en honor a la brevedad administrativa.

I- Obran como antecedentes relevantes de la presente pieza administrativa las siguientes: a fs. 1 /332 rola la presentación de la empresa Autotransportes El Trapiche S.R.L., Grupo 1; de la empresa Autotransportes Presidente Alvear S.A. y Otras - U.T.E., Grupo 3; de la empresa Autotransportes Los Andes S.A. y Autotransportes El Trapiche S.R.L.- U.T.E., Grupo 4; de la empresa Transporte de Pasajeros General Roca S.R.L., Grupo 5; de la empresa Transportes El Plumerillo S.A., Grupo 6; de la empresa El Cacique

S.A., Grupos 7, 8 y 9; de la empresa Maipú S.R.L., Grupos 2 y 10 y de la Sociedad de Transporte de Mendoza STM - SAUPE-, Grupos 11, 12 y 14; a fojas 340/346 lucen efectuadas las publicaciones reglamentarias; a fojas 347/348 y 429/442 obra informe realizado por el Departamento de Control Económico Financiero de la Dirección de Transporte dependiente de la Secretaría de Servicios Públicos en el cual se detallan los costos relevados por la Secretaría de Servicios Públicos y se determina un costo estimado del ajuste al mes de Diciembre de 2017; a fojas 429/442 se informa el valor del costo kilómetro para cada grupo y concesionario, acompañando las planillas de cálculo respectivas; a fojas 398/402 luce solicitud de Auditoría de Costos presentada por la Asociación de Defensa del Consumidor; a fojas 403/404 se adjunta Acta labrada en ocasión de celebrarse la correspondiente Audiencia Pública, la que fuera convocada por Resolución N° 209/17 de la Secretaría de Servicios Públicos (de fecha 22/11/17 cuya copia obra a fs. 338/339); a fojas 405/419 rola la transcripción literal del Acta de dicha Audiencia suscripta por los testigos citados al efecto; a fojas 420/428 ha sido agregado el informe técnico elaborado por el Departamento de Control Económico Financiero de la Dirección de Transporte, dependiente de la Secretaría de Servicios Públicos, en el que se analizan las observaciones expuestas en la Audiencia Pública celebrada, el cual detalla la metodología de costos aplicada conforme Decreto N° 992/05, modificado por los Decretos N° 1321/08 y 1348/09 y da respuesta a las presentaciones realizadas por los interesados (aclarando, en relación a la verificación de los costos declarados por las empresas, que la Secretaría de Servicios Públicos recaba información de los proveedores de cada uno de los rubros que componen dichos costos y que a tal efecto, se efectúan estudios precisos sobre consumo de gas oil de las unidades y también en relación con la normativa vigente que rige la relación de consumo y los parámetros relativos a dicha cuestión); a fojas 425/427 se adjunta planilla de consumos establecidas por la CNRT -Comisión Nacional de Regulación del Transporte-, e informe del Control de Consumo relevado por las inspecciones ordenadas por la Secretaría de Servicios Públicos (el cual destaca que ante la modificación de los valores del costo/km. que se le paga a las empresas surge la necesidad de aumentar las tarifas del transporte público a los efectos de incrementar la recaudación del sistema, y mantener de esa forma en valores razonables el subsidio que la Provincia



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

destina a través del Fondo Compensador manteniéndose dentro de los valores presupuestados para el corriente ejercicio); a fs. 443/446 obra dictamen legal favorable de la Secretaría de Servicios Públicos; a continuación se acompaña proyecto de Decreto sometido a análisis (el cual ha sido remitido en original en folio agregado entre las fs. 447/448) y; finalmente, a fs. 448/449 se incorpora dictamen de la Asesoría de Gobierno, en el cual no se formulan observaciones legales al procedimiento y proyecto de Decreto.

II- 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) - art. 177 de la Constitución Provincial, y Leyes Nº 728 y 4418 de Fiscalía de Estado, estimando oportuno realizar las siguientes consideraciones:

1. - El presente procedimiento se inicia y desarrolla en el marco de las previsiones del art. 162 de la Ley Nº 6.082, el cual se encuentra vigente por lo dispuesto en el art. 140 de la Ley Nº 9024 (disposición transitoria), arts. 167 a 169 del Decreto Nº 867/94 y arts. 26 inc. b) y 28 de la Ley Nº 8.830¹ de Ministerios de la Provincia. 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. A su vez, los Artículos 2º y 3º del Decreto Nº 1321/08 permiten al Poder Ejecutivo fijar evaluaciones semestrales a petición

¹ Ley Nº 8830: Art. 26: "Le corresponde en general a la Secretaría de Servicios Públicos el planeamiento, coordinación, la fiscalización, el contralor de la prestación de los servicios de Transporte... b) entender en la elaboración, propuesta y ejecución de la política en materia de transporte Público de Pasajeros en el ámbito de la jurisdicción provincial...". Art. 28: "La Secretaría de Servicios Públicos 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 del Ministerio de Transporte. Toda mención de la Dirección de Transporte, de la Dirección de Vías y Medios de Transporte, o el Ministerio de Transporte, en los textos legales, a partir de la presente se entenderá referida a la Secretaría de Servicios Públicos. Toda mención del Director de Transporte, del Director de Vías y Medios de Transporte o del Ministro de Transporte, a partir de la presente se entenderá referida al Secretario de Servicios Públicos".

del concesionario, aspecto no modificado por el Decreto N° 1348/09, lo que posibilita su aplicación al presente caso.

2. - Se encuentran agregados los correspondientes informes contables y financieros -ya citados- que justificarían el aumento a otorgarse dando el necesario sustento de razonabilidad a la medida a implementar (arts. 38 y 39 de la Ley N°9.003), en tanto los órganos competentes para realizar los análisis correspondientes se han manifestado por la procedencia de los mismos, sin que ello importe manifestación alguna sobre la materia desarrollada (toda vez que supera el marco competencial de este órgano de control, así como su incumbencia profesional conforme se expresará en el punto III al cual se remite).

3. - Se encuentra acreditada igualmente la realización de la correspondiente Audiencia Pública, convocada por Resolución N° 209/17 de la Secretaría de Servicios Públicos, la cual resulta obligatoria conforme las previsiones de los arts. 39 incs. a) y d), 42 a 44 de la Ley 7412², que exige como recaudo previo a la materialización de modificaciones tarifarias la realización de la misma, la que se ha realizado en el marco de las disposiciones que al respecto contienen la reglamentación emitida por el mencionado órgano y contenida en la Resolución N°2.874/13 (a fojas 403/404 se adjunta Acta labrada en ocasión de celebrarse la Audiencia Pública y a fojas 405/419 rola la transcripción literal del Acta de dicha Audiencia suscripta por los testigos citados al efecto). Ello, conforme afirmara este

² Ley N°7412: Art. 39: "Derechos. Los derechos de los usuarios del Servicio de Transporte Público de Pasajeros, en cualquiera de sus modalidades, son, entre otros, Los siguientes: a) Acceder a tarifas justas y razonables, determinadas de acuerdo con las disposiciones de esta ley y sus reglamentaciones. d) Conocer el régimen tarifario aprobado y sus sucesivas modificaciones, en forma previa a su aplicación. Artículo 42 - Audiencia Pública. En las situaciones previstas en el presente Capítulo, el Ente Provincial Regulador del Transporte Público de Pasajeros podrá convocar a Audiencia Pública a las partes interesadas, a los usuarios y a la población en general. La convocatoria indicará el tema, el día, el lugar de reunión y el procedimiento y se efectuará mediante edictos a publicarse en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación general en la Provincia. Los edictos deberán publicarse por lo menos con Cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha prevista para la audiencia". Art. 43: "Convocatoria. Causas. El Ente Provincial Regulador del Transporte Público de Pasajeros deberá convocar a Audiencia Pública en los siguientes casos: a) Cuando se produzca cualquier modificación tarifaria. b) Contravenciones graves a las normas contractuales de concesión. c) Conductas reñidas con Las reglas de la competencia. d) Decisión sobre la planificación, conveniencia y oportunidad del servicio y/o de sus modalidades. e) Violación grave a los derechos de los usuarios. Sin perjuicio de las causas generales enunciadas precedentemente, el Ente podrá convocar a Audiencia Pública en los siguientes casos. 1. Cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia, el Ente considerase que cualquier acto de un sujeto involucrado en el Servicio de Transporte Público de Pasajeros (prestador o usuarios), constituya una grave violación de la ley, de su reglamentación, de las resoluciones dictadas por el Ente o de un contrato de concesión. El Ente está facultado para, previo a resolver sobre la existencia de dicha violación, disponer, según el acto de que se trate, todas aquellas medidas de índole preventiva que fueran necesarias. 2- Para definir la conveniencia, modalidades, necesidad y utilidad general de los servicios de Transporte de Pasajeros. 3- Cuando se deba dictar resolución acerca de las conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio o de una posición dominante en el mercado". Art. 44: "Procedimiento. El Ente Provincial Regulador del Transporte Público de Pasajeros dictará las normas de procedimiento con sujeción a las cuales se realizarán las Audiencias Públicas".



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

órgano en dictámenes precedentes³, 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 autores⁴ 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 pública" que proporcionan a la vez, defensa y participación"⁵. "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

³ Ver al respecto dictamen de la Dirección de Asuntos Administrativos Nro. 1470/13.

⁴ Ver CSJN, Causa FLP 8399/2016: "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería p/ Amparo Colectivo.", en el cual, el Doctor Maqueda en su voto declaró la nulidad de las Resoluciones Nros. 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, que fijaron el nuevo esquema de precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte, y un nuevo cuadro tarifario del servicio, fundado en que el Ministerio de Energía y Minería de la Nación no cumplió con la obligación de llevar a cabo audiencias públicas. Sostuvo, en primer término, que el artículo 42 de la Constitución Nacional reconoce a la participación pública como un derecho que la ciudadanía puede ejercer directamente, sin perjuicio de que el Congreso establezca la forma en que este derecho debe llevarse a cabo en cada caso. Afirmó que -específicamente en materia tarifaria- la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, porque la Constitución garantiza la participación ciudadana previa en instancias públicas de discusión y debate, y ese aporte debe ser ponderado por el Poder Ejecutivo cuando fija el precio del servicio. En primer término, todos los usuarios tienen derecho a recibir de parte del Estado información adecuada, veraz e imparcial en forma previa a la realización de las audiencias. La segunda condición está dada por la celebración de este espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, con un ordenamiento apropiado que permita el intercambio responsable de ideas en igualdad de condiciones. Por último, este derecho debe ser valorado en el momento en el que el Poder Ejecutivo toma la decisión. De otro modo, todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente, en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia.

⁵ 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.

evitando que grupo de choque o agitadores la interrumpen. En segundo término para que todos puedan expresarse...⁶".

4. En relación al texto del proyecto de Decreto sometido a análisis (el cual ha sido remitido en original en folio agregado entre las fs. 447/448):

4.1. No existen EN GENERAL observaciones jurídicas que realizar, (sin perjuicio de lo recomendado seguidamente), verificando que, "prima facie" se ajusta el mismo a las previsiones de los arts. 28 a 45 de y 104, 105 y 106 de la Ley Nº 9.003, siendo la autoridad competente para emitir el mismo el Poder Ejecutivo Provincial (tal como se encuentra proyectado) debiendo ser PUBLICADO en virtud de las delegaciones que posee consignada en el art. 6 (art. 9 de la Ley Nº 9.003) y según lo establecido en la Ley Nº 6.335.

4.2. En PARTICULAR se RECOMIENDA INCORPORAR un penúltimo considerando en el cual se precise la cita normativa en la que se funda la emisión de la norma proyectada (por ej.: la que se cita genéricamente en la CONCLUSIÓN del presente dictamen) a los efectos de conformar debidamente la motivación de la misma.

III. - Por último corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia⁷) o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la administración activa), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de Nación⁸, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos

⁶ Nota Nº1306 en libro citado precedentemente.

⁷ Este aspecto tiene especial relevancia en relación a los informes realizados por el Departamento de Control Económico Financiero de la Dirección de Transporte dependiente de la Secretaría de Servicios Públicos en el cual se detallan los costos relevados por la Secretaría de Servicios Públicos.

⁸ 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).



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido⁹.

IV. – En conclusión, en virtud de lo expresado y los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que estando cumplimentado el requerimiento del art. 42 de la C. Nacional (en tanto se ha convocado y desarrollado conforme normativa vigente la correspondiente audiencia pública –Resolución N°2864/13 de la ex Secretaría de Transporte-) puede la autoridad competente (Poder Ejecutivo Provincial) emitir el proyecto de norma proyecto de Decreto sometido a análisis, en los términos de los arts. 128 inc. 1 de la Constitución Provincial, 162 de la Ley N° 6.082 y mod. (vigente conforme la previsión del art. 140 de la Ley N°9024), art. 26 inc. b) y 28 de la Ley N°8830 y mod., 42 a 45 ssgtes. y cctes. de la Ley N° 7412, Artículo 3° del Decreto N° 1321/08 y mod., arts. 28 a 45 y 104 a 106 de la Ley N°9.003 (dada la naturaleza reglamentaria de la norma), debiendo tenerse en especial consideración lo expresado en el punto II. 4.2.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS -FISCALÍA DE ESTADO-
Mendoza, 08 de febrero de 2018
Dictamen N° 82/18 LF. AA.

⁹ 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).

Mendoza, 08/02/18

Compartiendo el suscripto el Dictamen N° 82/18 que antecede, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMÍTANSE los presentes actuados a conocimiento y trámite del Sr. Secretario de Servicios Públicos de la Provincia a sus efectos, sirviendo el presente de atenta nota de remisión.