



RESOLUCION INTERLOCUTORIA N° 1

NEUQUEN, 15 de febrero de 2019.

V I S T O:

Los autos caratulados: "**DEFENSORIA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**", Expte. N° 6853/2018, en trámite por ante la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia, venidos a conocimiento de este Cuerpo para resolver, y

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 04/13 se presenta el Sr. Defensor del Pueblo de la ciudad de Neuquén, con patrocinio letrado, e inicia la acción autónoma prevista en el artículo 170 inc. a) de la Constitución Provincial, regulada por la Ley 2130, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ordenanza Municipal Nro. 13.374, - sancionada en noviembre de 2015 y publicada el 4/12/15-, que modifica el artículo 3 de la Ordenanza 11.844, así como toda otra norma que se funda en ella, en especial el Decreto Municipal Nro. 809/2018.

Estima que tales normas configuran una delegación legislativa que infringe el artículo 67, inciso 18 de la Carta Orgánica Municipal, vulnerando de este modo la expresa prohibición consagrada en el artículo 12 de la Constitución de la Provincia del Neuquén y el principio constitucional de prelación normativa que debe reconocerle a la Carta Orgánica por sobre la Ordenanza y Decreto cuestionado, pilar del sistema republicano de gobierno.

En el marco de esta acción, solicita el dictado de una medida cautelar que suspenda la ejecución del Decreto 809/18, que establece una suba en la tarifa del servicio público de transporte de pasajeros, debiendo reflotarse el último cuadro tarifario fijado por el Decreto 437/18 (tarifa básica de \$19,80).

Funda tal petición en la necesidad de no perpetuar la afectación patrimonial de los usuarios del transporte.

Asimismo, solicita que la Municipalidad accionada garantice la prestación del servicio en su carácter de poder concedente, sea a través de las empresas concesionarias o arbitrando un sistema alternativo, tal como oportunamente ha sido obligada en los autos caratulados: "DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA"- Expte. Nro. 501757/14- que tramitó ante el Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería Nro. 3 de esta ciudad.

Con relación a la acción principal, manifiesta que, en el ámbito de la ciudad de Neuquén, el Concejo Deliberante es el órgano que en forma exclusiva debe aprobar las tarifas de los servicios públicos que se brindan en el ejido, según lo establece la Carta Orgánica en su artículo 67, inciso 18.

A continuación, transcribe los artículos 48 y 49 de la Ordenanza 11.641 que rigen el servicio público de Transporte Masivo Urbano de pasajeros. El primero de ellos, prescribe: "Los prestadores deberán aplicar el cuadro tarifario que establezca la Municipalidad. En el caso del servicio básico de transporte masivo urbano de pasajeros se determinara el valor de la tarifa básica (VTB), más allá de los posibles seccionados y/o tarifas especiales...". Por su parte, el artículo 49 preceptúa que: "para la fijación de los cuadros tarifarios se tendrá en cuenta los costos de explotación de los servicios, contemplando una utilidad razonable en relación al capital invertido por los prestadores".

Menciona que la Ordenanza 11.844 aprueba la metodología de costos que rige el sistema y establece en su artículo 3 un mecanismo de actualización anual a ser

presentada cada mes de mayo. Asimismo, establece que en el caso que los costos o los ingresos del sistema presentaran una variación superior al 10%, se activará automáticamente el procedimiento de actualización de precios previsto en dicho artículo.

También prescribe *“Cuando de la valorización surjan alteraciones en el equilibrio entre ingresos y costos, y siempre y cuando, dicho desequilibrio no haya sido previsto por la empresa al formular su oferta, podrán surgir conjunta o indistintamente: a) modificaciones tarifarias, b) modificaciones en los costos, c) modificaciones en los kilómetros, d) modificaciones en los ingresos, e) modificaciones derivadas de la aplicación del cumplimiento del Marco Regulatorio del Transporte, f) subsidio estatal. Las modificaciones a las que hubiere lugar, a fin de procurar mantener el equilibrio en la ecuación económica entre ingresos y costos, tendrán efecto únicamente para los dos años calendario siguientes al analizado, sin efectos retroactivos.”*

Refiere que la Ordenanza citada establece que la metodología de costos será elevada por la autoridad de aplicación durante el mes de mayo de cada año de la concesión, al Concejo Deliberante quien determinará la nueva tarifa para aplicarse el próximo año. Agrega que si el Concejo, por cualquier motivo, no aprobare la misma dentro de los 60 días de recibida, incorporará los costos financieros que surjan de tal demora a la Metodología de Costos bajo análisis (artículo 4).

Explica que el artículo 6° de la Ordenanza 13.374 modificó el artículo 3 de la Ordenanza 11.844, produciendo una variación sustancial en el procedimiento para la determinación del cuadro tarifario del servicio público de transporte prestado mediante ómnibus en la ciudad de Neuquén.



Así, afirma que se incorporó al artículo 3 una última parte, que prescribe:

“Asimismo, en el caso que los costos o los ingresos del sistema presentaran una variación superior al 10% respecto a la última actualización, las empresas concesionarias y/o prestadoras del Servicio de Transporte Público de Pasajeros podrán solicitar la habilitación del procedimiento de actualización de precios previsto en el presente artículo.

El Órgano Ejecutivo Municipal, verificada la variación porcentual antes referida, procederá a valorizar la Estructura de Costos y establecer el nuevo cuadro tarifario a los fines de establecer el equilibrio entre ingresos y costos de acuerdo a las modificaciones previstas en los incisos a), b) c), d) e) f) y mismo alcance (irretroactividad).

La nueva Estructura de Costos y Cuadro Tarifario serán elevados al Concejo Deliberante para la toma de conocimiento.” (el subrayado no está en el original).

Afirma que tal modificación implica una delegación indebida de prerrogativas legislativas en cabeza del órgano Ejecutivo al atribuirle la facultad de fijar la tarifa del servicio en forma unilateral sin la aprobación previa del Poder Legislativo municipal.

Asegura que ello no puede sanearse con la “toma de conocimiento” posterior de los ediles, tal como lo prevé la normativa modificada, porque se afecta en forma palmaria la norma fundacional del Estado Municipal, vulnerándose principios tales como el régimen republicano de gobierno, la división de poderes y la prelación normativa.

Se exploya respecto a la competencia del Concejo Deliberante para la fijación de las tarifas de los

servicios públicos, conforme lo determina la Carta Orgánica de la Ciudad de Neuquén, destacando que ninguna norma hace suponer que el Poder Ejecutivo tenga alguna prerrogativa al respecto.

Conforme a ello, deduce que el Concejo al aprobar la modificación al artículo 3 de la Ordenanza 11.844, infringió la Carta Magna, allanando el camino al Ejecutivo Municipal para decidir los sucesivos aumentos de la tarifa del transporte de colectivos, la que en el último tiempo, repercutió significativamente en los usuarios del servicio.

Relata que, desde la sanción de la Ordenanza 13.374, el Ejecutivo Municipal viene decidiendo en forma indebida y unilateral el aumento del costo del boleto, comenzando con el dictado del Decreto 284/2016, que llevó el precio del boleto general de \$8.63 a \$9.95, siguiendo por el dictado del Decreto 43/2017 que lo ascendió a \$13.90, para luego dictar el Decreto 73/2018 que lo volvió a elevar a \$18.07 y finalmente, mediante el Decreto 437/2018 se lo fijó en \$19.12.

Resalta que entre los decretos señalados no existe ninguna convalidación de las tarifas fijadas, como así tampoco, fijación de nuevas tarifas por parte del Concejo Deliberante, el que ejerció por última vez la facultad otorgada en forma exclusiva, a través del dictado de la Ordenanza atacada, el que en su artículo 6 fijaba el valor del precio del boleto general en la suma de \$8.63, precio que rigió hasta el dictado del Decreto 284/2016.

Resiste los argumentos que dice haber ensayado el Ejecutivo Municipal para convalidar esta delegación indebida de facultades, tales como que en rigor no se trata de una fijación de precios, sino de una actualización de tarifas, producto de una cuenta aritmética conforme la

estructura de costos aprobada por el propio Concejo Deliberante.

Asegura que la pretendida "actualización" es en verdad, una fijación de nueva tarifa, tal como se desprende del texto de los Decretos señalados.

Indica que la suba de la tarifa no necesariamente proviene del simple cálculo de mayores costos del sistema, ya que parte de ella está integrada por los subsidios del Estado Municipal.

Ofrece prueba, introduce cuestión federal y formula petitorio.

II.- A fs. 14 se corre traslado de la petición cautelar a la Municipalidad de Neuquén y al Sr. Fiscal de Estado, el que toma intervención en los términos del artículo 1º de la ley 1575.

A fs. 22/25 la comuna demandada contesta el traslado, solicitando se rechace la pretensión cautelar con costas a la contraria.

Observa que el accionante pretende jaquear las facultades del Municipio para actualizar los cuadros tarifarios del servicio público de transporte urbano de pasajeros por ajustes de costos, por lo que, estima, es necesario analizar las Ordenanzas 11.641, 11.844 y 13.374.

Explica que el servicio público de transporte masivo urbano se rige por las disposiciones de la Ordenanza 11.641, donde se establece que el Pliego de Licitación establecerá el procedimiento de revisión tarifaria y su periodicidad (art. 50).

Dice que el Órgano Ejecutivo Municipal, por Decreto 1136/2011 adjudicó la concesión del servicio de transporte urbano de pasajeros prestado mediante ómnibus a la empresa INDALO S.A. en el marco de la Licitación Pública Internacional Nro. 01/2010 de acuerdo a la valorización de

la Estructura de Costos del Anexo III de la Ordenanza 11.844.

Continúa su relato, exponiendo que en el Capítulo VIII denominado "De la Retribución de los Servicios Prestados" del pliego señalado, establece en cuanto al procedimiento para la revisión de precio del boleto que la Autoridad de Aplicación es responsable de llevar adelante el procedimiento de actualización de costos e ingresos (art. 57).

Indica que la Ordenanza 11.844 aprueba la metodología para la determinación de los costos totales por kilómetros para el Servicio Público de Transporte Urbano de Pasajeros prestado mediante ómnibus de la Ciudad de Neuquén, para el plazo de duración de la concesión del servicio según el detalle que se adjunta en el Anexo I y Anexo II de Variables de Actualización. Es decir, el Órgano Ejecutivo Municipal se limita a actualizar conforme las variables autorizadas por el Concejo Deliberante.

Explica que el artículo 6 de la Ordenanza 13.374 modificó el artículo 3 de la Ordenanza 11844 para el caso de que los costos o los ingresos del sistema presentaran una variación superior al 10% respecto a la última actualización, y únicamente ante esta situación el Órgano Ejecutivo Municipal, verificada la variación porcentual antes referida, procederá a valorizar la Estructura de Costos y establecer el nuevo cuadro tarifario a los fines de establecer el equilibrio entre ingresos y costos de la empresa.

Destaca que antes de la actual redacción de la normativa impugnada, el procedimiento de actualización de precios era automático cuando los costos o ingresos presentaran una variación superior al 10%, con lo cual la actual modificación agrega un plus a las garantías del usuario ya que limita las facultades del concesionario.



Refiere que el Defensor del Pueblo confunde, deliberadamente, las facultades de establecer el precio de la tarifa a cargo del Concejo Deliberante con su mero reajuste por mayores costos. No existe, a su criterio, delegación de facultades, sino atribución de una competencia de verificar si la redeterminación de la tarifa se ajusta al contrato de concesión.

Afirma que, de las Ordenanzas citadas, surge en forma clara que es el Concejo Deliberante el que estableció los parámetros de la estructura de costos del sistema, definiendo los ingresos y la forma en que podrán ser revisadas las variaciones de estos parámetros para el mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato de concesión: a) en forma anual en el mes de Mayo de cada año, la presente metodología de costos deberá ser actualizada y aprobada por el Concejo Deliberante, y b) en el caso que los costos o los ingresos del sistema presentaran una variación superior al 10% respecto a la última actualización, el Órgano Ejecutivo Municipal, verificada la variación porcentual antes referida, procederá a valorizar la Estructura de Costos y establecer el nuevo cuadro tarifario, como el caso de los Decretos Nro. 284/16, 043/17, 073/18, 437/18 y 809/18.

Destaca que las Ordenanzas Nro. 11.641, 11.844 y 13.374 han sido dictadas por el Concejo Deliberante de la Ciudad de Neuquén en base a las competencias que le ha otorgado la Constitución Provincial y la Carta Orgánica Municipal.

Sin perjuicio de ello, estima que la acción intentada carece de una debida fundamentación, dado que sólo se limita a mencionar los principios que estima vulnerados pero no argumenta en torno a las trasgresiones constitucionales que estima acaecidas.

Con relación a la cautelar peticionada, afirma que debe rechazarse toda vez que no se ha acreditado prima facie que la Ordenanza atacada trasgreda la Constitución Provincial, máxime teniendo en cuenta que este tipo de medidas son excepcionales por la presunción de validez que tienen los actos de los poderes públicos.

Agrega que el accionante tampoco indica cuál es el perjuicio actual e inminente que justifica la suspensión de la norma, sobre todo teniendo en cuenta que la Ordenanza atacada se encuentra vigente desde el mes de diciembre de 2015.

Hace hincapié en las consecuencias económicas de la decisión jurisdiccional que se adopte produce un grave daño al interés público de todos los contribuyentes de este Municipio que deberá sufragar las implicancias económicas del contrato de concesión. En virtud de ello, afirma que la suspensión peticionada afecta en forma directa la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación del servicio, ya que la no percepción de los aumentos previstos en la normativa legal que tienen un respaldo técnico implicaría la incorrecta prestación del servicio a toda la comunidad.

Formula petitorio y solicita se rechace el planteo con expresa imposición de costas.

III.- A fs. 27/32 se expide el Sr. Fiscal General, el que propicia se rechace la cautela solicitada, en virtud de no encontrarse reunidos los extremos necesarios para otorgarla.

A fs. 33 se dicta la providencia de autos para resolver, la que se encuentra firme y consentida.

IV.- El accionante peticiona el dictado de una medida cautelar, cuya ejecución involucra varias pretensiones.

La primera de ellas, refiere a la suspensión de la aplicación de la normativa cuestionada -el artículo 6° de la Ordenanza 13.374-; ello, en tanto requiere que se decrete la suspensión del Decreto 809/18 que fija nuevas tarifas. Asimismo, solicita que se ordene recobrar la vigencia del último cuadro tarifario fijado por el Decreto 437/18, a fin de no perpetuar la afectación patrimonial de los usuarios del transporte público de pasajeros.

En su argumentación, hace hincapié en la ausencia de facultades del Poder Ejecutivo para establecer o modificar las tarifas de los servicios públicos, y en la existencia de una delegación de competencias exclusivas del Concejo Deliberante, en el órgano Ejecutivo, en materias que le son ajenas conforme la Carta Orgánica comunal.

Por último, peticiona que se ordene al Municipio garantizar la prestación del transporte público de pasajeros, sea a través de las empresas concesionarias o arbitrando un sistema alternativo, a fin de no discontinuar el servicio.

V.- Al analizar la procedencia de la medida cautelar requerida es preciso recordar que conforme reiterada jurisprudencia del Cuerpo en materia de suspensión de la vigencia de una norma tachada de inconstitucional, el único requisito exigido en el trámite de la Ley 2130, es la acreditación "prima facie" de la inconstitucionalidad que se invoca.

Tal es la postura adoptada a partir de la causa: "Maidana Silvia y otros c/ Provincia del Neuquén" (R.I. 1328/06) reiterada en numerosas resoluciones posteriores, en la que se resolviera que el legislador provincial omitió como recaudo de procedencia de este tipo de medidas, la acreditación de la ocurrencia de un daño grave o irreparable para el peticionante.



El fundamento de tal omisión, encuentra su razón de ser en que "si quien tacha de inconstitucional una norma, y logra acreditar "prima facie" dicho extremo, atento la gravedad que posee la falencia demostrada, no deberá probar la producción de daño alguno a sus derechos o garantías constitucionales" aseveración que se encuentra ligada al criterio de legitimación amplia receptado en la Ley 2130 (cfr. R.I. 3393/02).

VI.- Ahora bien, la suspensión de la aplicación de un precepto, dictada en el marco de la acción de inconstitucionalidad, constituye un acto jurisdiccional de extrema gravedad, que exige la mayor prudencia: tal decisión trasciende el mero caso particular, para proyectarse en la generalidad de las situaciones contempladas por el legislador al sancionar la disposición en cuestión.

En ese punto deben enfatizarse los efectos de la suspensión decretada en este marco procesal de actuación y, por ello, también aclararse que tal pronunciamiento no puede efectuarse sobre la base de la condición subjetiva del actor. Ello importaría confundir el control concentrado -propio de esta acción- con el control difuso de constitucionalidad que se orienta a la valoración de situaciones jurídicas individuales (cfr. R.I. 6632/09 in re "Casino Magic").

Desde este vértice, se aprecia que la cuestión constitucional planteada impone al juzgador la tarea de interpretar las normas impugnadas, a la luz de las cláusulas constitucionales y de la Carta Orgánica Municipal que definen el deslinde de competencias entre los órganos que ejercen el gobierno comunal, la cual se encuentra enmarcada en la dinámica del poder estructurado en base al principio republicano.

Adviértase que el planteo traído a resolución es extremadamente complejo, tanto en su faz interpretativa a nivel normativo -respecto a qué órgano se le atribuyó la facultad de establecer las tarifas y, en su caso, si dicha competencia resulta ser exclusiva y excluyente o compartida y concurrente- como respecto a su trascendencia social, dado que las cautelares que la actora solicita, inciden directamente en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros.

Con relación a la pretendida inconstitucionalidad normativa, cabe señalar que frente a la cláusula constitucional local que prohíbe la delegación de facultades propias (art. 12 C.P.), se encuentran en la Carta Orgánica Municipal cláusulas atributivas de competencias en lo que refiere a los servicios públicos, que ponen en cabeza del Concejo Deliberante la facultad de "aprobar las tarifas de los servicios públicos" (art. 67 inc. 18 C.O.M.), así como otorga al Ejecutivo Municipal la facultad de "... asegurar la adecuada prestación de los servicios públicos..." (art. 85 inc. 13 C.O.M.), lo que se enmarca en el dinamismo propio de principio republicano de gobierno, que no presupone una división tajante de funciones, sino un adecuado equilibrio en el ejercicio de las competencias propias y concurrentes, encaminadas a la obtención del bien común.

Desde esta perspectiva, no se aprecia a estas cláusulas "prima facie" como contrarias a la modificación introducida por la Ordenanza 13.374, al artículo 3° de la Ordenanza 11.844 -aquí cuestionado- en tanto dispone que "...El Órgano Ejecutivo Municipal, verificada la variación porcentual antes referida, procederá a valorizar la Estructura de Costos y establecer el nuevo cuadro tarifario a los fines de establecer el equilibrio entre ingresos y costos de acuerdo a las modificaciones previstas en los

incisos a), b) c), d) e) f) y mismo alcance (irretroactividad). La nueva Estructura de Costos y Cuadro Tarifario serán elevados al Concejo Deliberante para la toma de conocimiento.”

La oportunidad que fija la normativa de elevar al Concejo las nuevas tarifas y la fijación del procedimiento mediante el cual se procederá a la actualización de las mismas, constituye una zona donde confluyen facultades que exigen ser interpretadas a la luz de los principios mencionados en la Carta Orgánica Municipal y la Constitución Provincial, a fin de determinar el rol que le cabe a cada órgano del gobierno en la fijación de las tarifas, la modificación de las mismas, la concesión del servicio y la prestación del servicio público de pasajeros dentro del ejido municipal.

Estas cláusulas, que actúan como marco para gestión conjunta y el acuerdo de voluntades estatales en el ejercicio de las facultades que parecieran ser concurrentes o al menos, compartidas entre los órganos que ejercen el poder, impiden que *prima facie* se arribe a conclusiones contundentes respecto de la inconstitucionalidad de las normativas citadas, desde que su análisis requiere de una adecuada y profunda ponderación de los derechos en juego y del alcance de las potestades de los poderes públicos involucrados.

No cabe desconocer las proyecciones que podría tener una medida cautelar como la peticionada, respecto de la continuidad en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, lo que se erige como un valladar más a su otorgamiento.

Es que, en esta etapa larval, donde no se han arrimado elementos que permitan evaluar la incidencia que en el precio del contrato de concesión tienen los ingresos provenientes de los usuarios y el subsidio estatal, la

suspensión del cuadro tarifario vigente aparece como una medida al menos precipitada que puede alterar la ecuación económica financiera del contrato en un nivel termine comprometiendo la efectiva prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros.

En definitiva, la alegada transgresión depende de una ponderación racional de las cláusulas constitucionales en juego, lo que supone una tarea exegética que excede holgadamente las posibilidades del estrecho marco cautelar en que se propone. Ello sumado al impacto que la medida puede tener en la continuidad del servicio público de transporte de pasajeros, unido al marcado cariz restrictivo con que deben ponderarse las peticiones precautorias cuando se enderezan a la suspensión de la vigencia de normas generales emanadas de los órganos supremos del estado comunal, impone el rechazo del requerimiento precautorio.

Atento a lo expuesto, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General,

SE RESUELVE:

- 1°) Rechazar la solicitud cautelar deducida en esta causa.
- 2°) Costas al accionante vencido (art. 68 del C.P.C. y C.).
- 3°) Regístrese, notifíquese en el domicilio electrónico.

Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI - Presidenta - Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARÍO MOYA - Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Dr. ROBERTO GERMAN BUSAMIA
Dra. MARIA GUADALUPE LOSADA - Subsecretaria