

**USO OFICIAL**

**Poder Judicial de la Nación  
Consejo de la Magistratura  
Dr. Carlos Miguel Kunkel**

Buenos Aires, 19 de marzo de 2008.

**INFORME PRELIMINAR N° .....**

**VISTO** el expediente N° 458/2004, caratulado "**Fernández Alfredo y otros (Diputados Nacionales) c/titular del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3, Dra. Claudia Rodríguez Vidal**", y su acumulado **Expediente N° 379/08** caratulado "**Kunkel Carlos s/actuación del Dr. Ernesto Marinelli (Juez)**" de los que

**RESULTA:**

I. Los denunciantes se presentan ante este Consejo de la Magistratura y solicitan se inicie "el correspondiente trámite de destitución contra la Dra. Claudia Susana Rodríguez Vidal, titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, basado en el grave mal desempeño de sus funciones".

Indican que en una acción de amparo contra el Estado Nacional, la actora -"Transportes Metropolitanos General San Martín SA"- solicitó que se le ordene "cesar en su actitud amenazadora e intimidatorio en los medios de comunicación social y que se abstuviera de dictar cualquier acto administrativo que implicara la conclusión del contrato de concesión, sin que previamente se garantizara su derecho de defensa".

Señalan que "(l)a señora juez de primera instancia proveyó la pretensión entendiendo "que no era prudente ingresar en el examen de la medida cautelar solicitada sin escuchar previamente a las autoridades" posponiendo toda decisión hasta la celebración de una audiencia que informara al tribunal el grado de avance y cumplimiento de las disposiciones del Decreto 2075/02 (renegociación de los contratos de servicios públicos).- A esos efectos fijó audiencia para el 5 de julio del presente año".

Expresan que "el día 24 de junio una nueva presentación de la actora denuncia hecho nuevo, dando noticia oficialmente de lo comunicado por el estado Nacional del dictado de un decreto rescisorio del contrato de concesión, que efectivamente fue publicado el día 28 de junio y que lleva el N° 798/2004, sobre el cual plantea su ilegitimidad y solicita la suspensión de sus efectos. El 30 de junio del 2004, la magistrado de grado

dictó una medida cautelar ordenando la suspensión de los efectos de dicho decreto hasta tanto se celebre la audiencia antes mencionada".

Relatan que dicha medida fue apelada por el representante del Estado Nacional señalando que la medida adoptada implicaba continuar con una forma de prestación del servicio que sostenía condiciones de grave riesgo para los usuarios (...) que no se había aclarado cual era el daño irreparable que la rescisión ocasionaba a la parte actora (...) que la decisión de la jueza de grado afectaba la prestación de un servicio público (...) que la decisión de la jueza impedía ilegalmente el ejercicio de las facultades propias e indelegables del Estado Nacional (...) que con evidente exceso de jurisdicción creaba un peligro de eventual daño y deterioro a los bienes públicos otorgados en concesión (...) y que la medida se dictó ilegalmente sin imponer la debida contracautela y sin considerar los bienes jurídicos en juego".

Manifiestan que "lamentablemente para la comunidad, la señora juez ejerce su magistratura en nuestro país aunque no se de por enterada de cuestiones de público conocimiento. Esta afirmación no es una mera imputación subjetiva, sino que hay sido puesta de manifiesto en el fallo de la Cámara, que anuló la sentencia de la magistrado al dejar claro en su decisorio que no debió ser obviada la consideración de la deficiente prestación del servicio (...) La sala de la Excma. Cámara manifiesta textualmente "aunque el relieve de los hechos invocados en el Decreto 798/04 y las circunstancias que - son de público conocimiento- lo requerían, la juez dispuso la suspensión de los efectos del acto de rescisión sin efectuar consideraciones concretas y pormenorizadas que pudieran prima facie brindar verosimilitud al derecho de la actora".

Afirman que "voluntariamente la magistrado decidió privilegiar el interés particular del concesionario al interés público pese a la presunción de legitimidad de los actos administrativos y a la falta de arbitrariedad manifiesta del decreto en cuestión, cobra jurídicamente clara primacía al interés público".

Finalmente añaden que "todas estas razones han sido también señaladas en la sentencia de Cámara para anular la resolución de primera instancia, lo que califica de burdo apartamiento del derecho por parte de la jueza y confirma plenamente el mal desempeño".

II. La denuncia precedentemente reseñada se radica ante la ex Comisión de Disciplina de este Cuerpo, y se inicia la instrucción de una información sumaria de acuerdo con el reglamento entonces vigente.

III. Con la modificación introducida mediante la Ley 26.080 en la integración del Consejo de la Magistratura y sus comisiones - entre otras - se notificó a la Dra. Rodríguez Vidal que ante la Comisión de Disciplina y Acusación se encuentran en trámite los presentes obrados, pudiendo presentarse por escrito a efectos de expresar lo que por derecho corresponda, en los términos del art. 11 del nuevo reglamento.

La jueza se presenta y se remite en este acto a lo ya informado en su presentación efectuada con fecha 30-04-07, cuyas copias acompaña.

En este sentido indica que en su decisión jurisdiccional en la causa puso de manifiesto que no era prudente ingresar al examen de la medida cautelar sin la celebración de una audiencia para que el Secretario de Transporte de la Nación y el Secretario Ejecutivo de la Unidad de Renegociación informaran sobre el grado de avance y el cumplimiento de las disposiciones del Decreto 2075/02, en cuanto a la renegociación del contrato celebrado con la concesionaria. Ello, a fin de que informaran al tribunal sobre la presentación y características del plan de emergencia aprobado referido a la empresa actora, su grado de cumplimiento, así como también, en lo atinente a los desembolsos que se hubieran efectuado con aportes presupuestarios encaminados al cumplimiento de ese plan, y/o los relativos a la compensación de diferencias por gastos de explotación.

Entretanto, advierte la magistrada, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 798/04 disponiendo la rescisión del contrato de concesión, circunstancia que la actora, pocos días antes, ya había denunciado en el expediente y solicitaba la suspensión de los efectos del acto rescisorio.

Posteriormente, la Dra. Rodríguez Vidal decreta efectivamente la suspensión de los efectos del acto hasta tanto se efectuara la audiencia convocada oportunamente. En su opinión, las circunstancias aconsejaban el mantenimiento de la situación fáctica por lo menos hasta tanto se encontrara en condiciones de decidir, es decir, hasta que los funcionarios citados hubieran suministrado la información necesaria.

Esta última decisión fue apelada por la demandada y la audiencia no pudo celebrarse, porque con excusa en dicho recurso, los funcionarios no concurrieron, a pesar que dicho remedio procesal fue concedido con efecto devolutivo.

Por otra parte recuerda la señora juez que al no poder concurrir el señor Secretario de Transporte el día señalado, fijó una nueva convocatoria para el día siguiente, sin perjuicio de la facultad que le asiste de informar por escrito.

Recalca la magistrada que la suspensión decretada no era susceptible de ocasionar ningún perjuicio en atención a que el propio Decreto contemplaba que el concesionario seguiría prestando servicios aún luego de producida la rescisión contractual y que el traspaso recién se concretaría a los treinta días siguientes. Por consiguiente, existía tiempo más que suficiente para la realización de la audiencia convocada o para que el señor Secretario de Transporte evacuara las consultas por escrito y no era necesario la fijación de contracautela.

Con relación al reproche formulado en base a que habría obviado la consideración de la deficiente prestación del servicio, la señora juez expresa que la medida decretada no pudo haber afectado la seguridad de los usuarios, toda vez que el propio Poder Ejecutivo había establecido que el concesionario continuara prestando servicios hasta el efectivo traspaso a los nuevos operadores.

En definitiva, agrega la magistrada, la cuestión no era tan urgente como lo exponen los denunciantes ya que el traspaso de la línea San Martín se concretó recién en el mes de enero de 2005, casi seis meses después, momento hasta el cual, continuó a cargo del concesionario rescindido.

IV. La Comisión de Disciplina y Acusación como medidas preliminares requirió la remisión de los autos principales N° 18.160/2004 y el Incidente 21.658/2004 caratulado "**Transportes Metropolitanos General San Martín SA - Inc. Med. c/EN. Dto. 479/94 y 1418/99 y otros s/amparo ley 16.986**", como así también, la causa caratulada "**Asociación Protección Consumidores de Transportes Públicos c/P.E.N. Ministerio de Planificación-Secretaría de Transporte- Decreto 798/04 y otro s/ Amparo Ley 16.986**".

Asimismo, se solicitó a la Administradora General del Poder Judicial la remisión de las declaraciones juradas presentadas por la Dra. Rodríguez Vidal, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, y las del Dr. Ernesto Marinelli, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, en los términos de la Ley 25.188, correspondientes a los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, tanto sus anexos públicos como privados.

Por otra parte, se libró oficio a la AFIP- DGI a fin de remitir copias certificadas de las declaraciones juradas del Impuesto a los Bienes Personales que hubieren presentado ambos magistrados correspondientes a los ejercicios 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

También se solicitó copias certificadas de los legajos de ambos magistrados.

V.- La Comisión de Disciplina y Acusación, por unanimidad de sus miembros, en la sesión del 23-10-08 dispuso la formación de actuaciones respecto del Dr. Ernesto Marinelli en relación a su desempeño en los autos **"Asociación Protección Consumidores de Transportes Públicos c/P.E.N. Ministerio de Planificación- Secretaría de Transporte- Decreto 798/04 y otro s/ Amparo Ley 16.986"**. y su acumulación al Expediente 458/04 por existir conexidad objetiva entre ambos.

En tal sentido, una vez formadas las actuaciones (Expediente 379/08) se notifica el 10-11-08 al Dr. Marinelli la existencia de las mismas y su posibilidad de presentar un descargo escrito y ofrecer la prueba que estimare pertinente.

A fs. 123 el Dr. Marinelli toma vista de las actuaciones y a fojas 124 presenta un escrito denominado "Formula Petición" mediante el cual expresa que, de la prueba documental recolectada hasta el presente, no advierte irregularidad alguna en su desempeño.

Señala el Dr. Marinelli que el artículo 5 del reglamento aplicable establece para las denuncias, entre otros requisitos, que las mismas deben contener "La relación completa y circunstanciada de los hechos en que se funde la denuncia y los cargos que se formulan.", preservando esta norma el principio de imputación.

El magistrado expresa que la denuncia que se formulara respecto de su actuación en los autos **"Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos c/EN -Mrio. Planificación. Secretaría de Transporte- Dto. 798/04 y otro s/amparo Ley 16.986"** no cumple con las pautas reglamentarias, al *"no indicar concretamente cual o cuáles son las irregularidades que se me atribuyen y cómo o de qué manera se relacionan con la resolución dictada en la causa el 27-07-04"*, lo que le imposibilita ejercer su derecho de defensa.

Continúa el Dr. Marinelli solicitando que "en la oportunidad en que se concrete la denuncia en las condiciones establecidas en el artículo 5 inciso d) del reglamento citado", se le confiera el derecho que le otorga el artículo 11 del mismo cuerpo reglamentario, otorgándole en esa ocasión en su totalidad el plazo de 20 días que allí se encuentra previsto, a los fines de poder ejercer su defensa.

Por otra parte, la Comisión requirió informe a la Secretaría de Transporte de la Nación, a los efectos de informar si mientras estuvo vigente la medida cautelar decretada con fecha 27-07-04

en autos **"Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos c/EN -Mrio. Planificación. Secretaría de Transporte- Dto. 798/04 y otro s/amparo Ley 16.986"**, el Estado Nacional debió pagar subsidios a la empresa prestadora del servicio ferroviario - Transportes Metropolitanos General San Martín SA-, y en su caso, el monto de lo abonado por dicho concepto (fs. 130).

Luego de tomar conocimiento de la presentación formulada por el Dr. Marinelli, la Comisión de Disciplina y Acusación resolvió, por unanimidad, rechazar el planteo realizado por el magistrado por resultar el mismo improcente, dictando la Resolución N° 141/08 de fecha 18-12-08.

Mediante dicha resolución la Comisión sostuvo que las normas que regulan el procedimiento de las investigaciones que lleva adelante la misma deben interpretarse en su conjunto y armónicamente.

En ese sentido, es destacó que los expedientes en trámite ante este Consejo de la Magistratura a los efectos de investigar el desempeño de los magistrados del Poder Judicial de la Nación, pueden ser iniciados por cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho u omisión imputable a un magistrado (artículo 2 RCDA), por los tribunales de Superintendencia (artículo 3 RCDA) y de oficio este Consejo podrá avocarse a investigar la actuación de los jueces.

De este modo, cuando es puesto en conocimiento de este Consejo las actuaciones remitidas por los tribunales de superintendencia o las resoluciones adoptadas por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, se notifica a los magistrados en los términos del referido artículo 11.

Dicha notificación tiene como finalidad poner en conocimiento del magistrado, anoticiarlo, hacerle saber que tramita un expediente tendiente a investigar su actuación, su derecho a tomar vista del mismo, y expresar lo que corresponda a su derecho.

Al respecto, se señaló que es facultativo para el magistrado cuestionado presentarse en esta instancia. Si así no lo hiciere el trámite prosigue su curso sin que ello implique un menoscabo para el juez. Es decir, notificado el magistrado de la existencia de las actuaciones ante este cuerpo, tiene la posibilidad -si lo considera oportuno- de presentarse y aclarar los hechos denunciados.

En oportunidad de la notificación en cuestión no se realiza, a esta altura del procedimiento, imputación alguna. Ello así, toda vez que la misma se realiza inmediatamente de admitida la denuncia, con lo cual el estado

del proceso no permite realizar reproche o recriminación alguna. De lo contrario, la Comisión estaría prejuzgando o adelantando opinión respecto de la actuación del magistrado.

Vencido el plazo de 20 días que otorga el artículo 11 en cuestión, prosigue el trámite de las actuaciones. Esto es, se adoptan las medidas instructorias que la Comisión considere pertinentes y útiles a los efectos de aclarar los hechos denunciados y, una vez culminada la investigación preliminar, se decidirá si se desestima la denuncia o, si se cita al magistrado a una audiencia en los términos del artículo 20 del Reglamento de esta Comisión.

En esta instancia, al notificarse al magistrado en los términos del referido artículo 20, la Comisión decide que, concluida la investigación preliminar, existe mérito suficiente como para formular reproche disciplinario y, en consecuencia, dicha notificación debe contener indefectiblemente "una sintética relación de los hechos imputados, la calificación provisional de su conducta como falta disciplinaria o causal de remoción, y la exposición de las pruebas obrantes en el expediente que serán puestas a disposición del magistrado".

De este modo, en el caso presente caso, cuando concluya la investigación respecto a la actuación de los Dres. Claudia Rodríguez Vidal y Ernesto Luis Marinelli en los autos "Transportes Metropolitanos General San Martín SA - Inc. Med. c/ EN Dto. 479/94 y 1418/99 y otros s/ amparo Ley 16.986" y "Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos c/ EN - Mrio. Planificación -Secretaría de Transporte- Dto. 798/04 y otro s/ amparo Ley 16.986", respectivamente, se decidirá si se desestiman las denuncias o, si se formulan reproches a los jueces cuestionados.

En virtud de los fundamentos expuestos precedentemente, la Comisión, en la sesión del 11-12-08, dispuso -por unanimidad de los Sres. consejeros presentes-, que el planteo formulado por el Dr. Ernesto Luis Marinelli en esta instancia resultaba improcedente.

Luego, con fecha 19-12-08 la Dra. Claudia Rodríguez Vidal toma vista de lo actuado hasta el presente.

Con fecha 9 de marzo de 2009 contesta el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios que, de conformidad con los informes realizados por la Secretaría de Transporte de la Nación, "los montos abonados a las empresas integrantes del Grupo Taselli, prestadoras del servicio ferroviario (Transportes Metropolitanos Belgrano Sur,

Transportes Metropolitanos General San Martín SA. Y Transportes Metropolitanos General Roca SA.), en concepto de compensación de costos de explotación desde el mes de julio de 2004 hasta la fecha de rescisión del último de los contratos en el mes de mayo de 2007, asciende a la suma de pesos dos millones seiscientos veintiocho con diecinueve centavos (\$ 202.000.628,19)".

**VI. De lo actuado en el Expediente N° 18.160/2004 y en el Incidente 21.658/2004 caratulado "Transportes Metropolitanos General San Martín SA - Inc. Med. c/EN. Dto. 479/94 y 1418/99 y otros s/amparo ley 16.986", por la Dra. Claudia Rodríguez Vidal.**

Con fecha 11-06-04 se presenta Transportes Metropolitanos General San Martín SA, con el patrocinio letrado del Dr. Armando Canosa, promoviendo acción de amparo contra el Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Transporte y Comisión Nacional de Regulación del Transporte- solicitando: 1) se ordene a los demandados que cesen en su actitud amenazadora e intimidatorio hacia la empresa concesionaria, de amplia repercusión den los medios de comunicación locales, 2) ordene a los demandados a que se abstengan de dictar cualquier acto que implique la conclusión del contrato de concesión, sin que previamente se garantice a la empresa el efectivo ejercicio de su derecho de defensa en los términos del artículo 18 y 33 de la Constitución Nacional y artículo 1 inc. F) de la ley 19.549; 3) dicte una media cautelar de no innovar que impida la emisión del aludido acto, hasta tanto se verifique el efectivo ejercicio del derecho invocado o bien se renegocie dicho contrato en los términos de las Leyes 25.561, 25.790 y decretos 2075/02 y 311/03.

A fojas 232/233 la Dra. Claudia Rodríguez Vidal resuelve con fecha 22-06-04 "citar a la audiencia que tendrá lugar el 05-07-04 a las 10:30 horas, a la que deben concurrir además de la actora el señor Secretario de Transporte de la Nación y el señor Secretario Ejecutivo de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos. Consecuentemente, y en tanto sólo una vez realizada la audiencia establecida en el considerando precedente la suscripta contará con la información necesaria para resolver sobre la media cautelar solicitada, resulta prematuro - en este estado - emitir pronunciamiento al respecto."

Fundamenta dicha decisión en que "la empresa ha formulado numerosos reclamos a fin de que la concedente proceda a cancelar las deudas que mantiene con la concesionaria, alegando un

trato discriminatorio en el sentido de que esos mismos rubros fueron oportunamente conciliados y abonados a las otras empresas concesionarias de los restantes ramales ferroviarios. En el mismo orden, sostiene la falta de impulso por parte de la Unidad de renegociación creada en el marco del Decreto 311/03, a los actos propios del trámite de renegociación del contrato de concesión, indicando que luego de la presentación del informe solicitado por la primigenia comisión (decretos 293/02 y 370/02) que tuvo lugar el 18 de abril de 2002, nunca ha sido convocada por la Unidad de renegociación, desconociéndose su carácter de parte en el proceso de renegociación contractual, el que no podía desarrollarse ni culminar sin su participación, dada la potencial afectación que se derivaría en sus derechos subjetivos, a partir de las decisiones que pudieran adoptarse a su contexto, y de las que, afirman se han hecho eco los medios periodísticos a partir de declaraciones que se atribuyen a funcionarios públicos de las mas altas jerarquías del poder administrador, en las que se alude a la rescisión del contrato de concesión."

Continúa la magistrado recordando que "mediante el Decreto 2075/02 se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios correspondientes al sistema de transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires, entre ellos el prestado por la actora, contemplando para ello que el agravamiento de las condiciones financieras generales del país, que quedaron de manifiesto con el dictado de las leyes 25453 y 25561 esta última de emergencia pública, tenía directa e inmediata incidencia en las concesiones de explotación de los servicios ferroviarios de pasajeros, en la medida que la crisis fiscal había afectado tanto el cumplimiento de los planes de inversión en obras oportunamente acordadas, como la explotación misma del servicio, ya que estos se hallaban sujetos a determinados subsidios y/o aportes del estado Nacional; se añadió que la modificación del tipo de cambio, había agravado también algunos aspectos críticos de los costos de los concesionarios, los que enfrentan además y como consecuencia de las dificultades globales del sistema financiero del país, impedimentos para el acceso de líneas de crédito para el sector privado, destinadas a financiar el desarrollo de inversiones."

Sostiene la juez que "se reconoce en los considerandos de la norma a la que hago referencia, que se habían acumulado retrasos en el pago de los subsidios de explotación e inversión a los concesionarios del sector, lo cual sumado al impacto de la situación general de la economía del país, los había colocado

frente a un virtual estado falencial, con grave riesgo sobre la continuidad del servicio público.”

“Como consecuencia de ese panorama en el que se desarrollaba la prestación del servicio de transporte ferroviario, el Poder Ejecutivo resolvió que, se tornaba indispensable la suspensión temporal de los planes de inversión previstos en los contratos originales y sus addendas para adecuarlos a las urgencias de índole económica y financieras existentes, y las necesidades propias de la continuidad de los servicios involucrados, convocando a las empresas concesionarias a formular programas de emergencia que incluyan aquellas obras que fueren indispensables para garantizar la prestación, a financiarse con recursos previstos en el Presupuesto General de cada ejercicio y otros aportes que pudieren ser efectivamente disponibles de conformidad con lo previsto por el artículo 34 de la ley 24156, con las modif. introducidas por la ley 25453. Se puso de manifiesto también que el régimen de penalidades en función de los respectivos programas de Emergencias de Obras y Trabajos Indispensables y de Prestación de Servicios, la regularización de las deudas contraídas por el Estado, y la ampliación de los contratos de fideicomiso suscriptos o a suscribirse por cada concesionario.”

Prosigue la Dra. Rodríguez Vidal sosteniendo que “En ese contexto normativo, la actora alega no sólo el incumplimiento del Estado respecto de los pagos comprometidos en virtud de la norma citada, sino además, que no se le ha dado intervención alguna en el proceso de renegociación de su contrato de concesión, en la medida en que ninguna participación ha tenido en el trámite de renegociación - sostiene que solo se le requirió a principios del año 2002 la presentación de un informe- conducta que contrastaría con la amplia difusión en los medios periodísticos, en punto a la adopción de decisiones encaminadas a la rescisión del contrato de concesión.”

La magistrado concluye que “resulta evidente en tanto la propia declaración estatal de la emergencia en la prestación de los servicios de transporte público ferroviario, admite el incumplimiento del Estado Nacional de los subsidios o aportes comprometidos, y la consecuente necesidad de adoptar programas de emergencia que permitan regularizar esas deudas, los cuales, además, deben insertarse en el marco más amplio de la renegociación contractual dispuesta por la ley 25.561, que lleva actualmente a cabo la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, no encuentro prudente ingresar al análisis de la medida cautelar solicitada en el marco de estas actuaciones, sin previamente escuchar a las autoridades

de la Secretaría de Transporte y de la Unidad de Renegociación, (salvo claro está que en el lapso que transcurriera entre el dictado de la presente resolución y la fecha de la audiencia que se convoca, fuera dictado el acto rescisorio), para que informen al tribunal respecto del grado de avance y cumplimiento del Decreto 2075/02, en especial la presentación y características del plan de emergencia aprobado referido a la empresa concesionaria actora, su grado de cumplimiento, así como también, en lo atinente a los desembolsos que se hubieran efectuado con aportes presupuestarios encaminados al cumplimiento de ese plan, y/o los relativos a la compensación de diferencias por gastos de explotación”.

A fojas 692/711 la empresa Transportes Metropolitanos General San Martín SA denuncia la publicación y notificación del Decreto 798/04, mediante el cual se rescindió el contrato de concesión del servicio de transporte ferroviario, funda su nulidad absoluta y manifiesta y plantea su inconstitucionalidad. Reitera el pedido de la medida cautelar a los efectos de ordenar la suspensión de los efectos del acto administrativo, hasta tanto: 1) se celebre la audiencia convocada por V.S., 2) se resuelva el recurso de reconsideración que ha de ser interpuesto contra esa misma disposición, 3) hasta que el contrato referido sea formalmente renegociado.

A fojas 712 se presenta el señor Secretario de Transporte de la Nación manifestando que “compromisos asumidos con anterioridad tornan por demás dificultosa la asistencia del suscripto a la mencionada audiencia, razón por la cual se vería con agrado la postergación de la misma para una fecha inmediatamente posterior a la establecida”.

A fojas 713 la jueza resuelve con fecha 30-06-0 “hasta tanto tenga lugar la audiencia convocada en estos autos para el 6 de julio del año en curso, deberán suspenderse los efectos del Decreto 798/04”.

Para ello sostuvo la Dra. Rodríguez Vidal que “con posterioridad al dictado de la resolución del 22 de junio del corriente año, por la que la suscripta convocó a la demandante y a los titulares de la Secretaría de Transporte de la Nación y Secretaría Ejecutiva de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, se hizo pública la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de rescindir el Contrato de Concesión de la explotación de servicios ferroviarios de pasajeros aprobado mediante el decreto 479/94, con la empresa actora Transportes Metropolitanos General San Martín SA, concesionaria del Grupo de Servicios N° 5, en los términos que resultan del decreto 798/04, publicado en el Boletín Oficial N° 30.429 del

25 de junio de 2004, con vigencia a partir de ese mismo día, en los términos del art. 9° del decreto. La actora ha formulado en autos los cuestionamientos que le merece el mencionado decreto, cuya inconstitucionalidad concretamente solicitada en su presentación de fs. 692/711, acompañando documentación con la que intenta refutar los incumplimientos que le atribuye el decreto para dar sustento a la rescisión, reiterando su petición en cuanto al dictado de una medida cautelar que suspenda, ahora concretamente, los efectos de esa decisión. Reitera y amplía a esos fines los argumentos expuestos en el escrito de inicio." Manifiesta la magistrado "la necesidad de escuchar a las autoridades de la Secretaria de Transporte y de la Unidad de Renegociaron y Análisis de Contratos de Servicios Públicos; ello, habida cuenta, por un lado, de los contradictorios comportamientos adoptados por los citados organismos (la documentación acompañada a la causa da cuenta de una nota, fechada el 22.06.04, en la que la Unidad de Renegociación informaba al concesionario que las instancias correspondientes a la renegociación del sector de servicios de transporte publico se desarrollarían en el segundo semestre del corriente año, y que cumplidas las mismas se citarían a las empresas concesionarias a reuniones de trabajo orientadas a discutir la situación de los contratos y su renegociación, mientras que, paralelamente, se suscribía el decreto 798/04 de rescisión, que lleva fecha del 23.06.04). Y, por otro, dado el carácter de los incumplimientos en los que se sustenta el acto rescisorio, confrontado con las circunstancias en base a las cuales fue declarada la emergencia ferroviaria, de las que no resultaría ajena la propia concedente".

Consecuentemente la jueza ratifica lo manifestado en la interlocutoria de fs. 232/233, y haciendo merito de las dificultades de asistencia a la audiencia que se fijara para el 5.07.04 puestas de manifiesto por el Señor Secretario de Transporte (fs. 712), fija nueva audiencia, a los mismos fines, la que tendrá lugar el 6.07.04.

Respecto de la medida cautelar solicitada sostiene que en atención a "las consideraciones que se desarrollan en esta resolución y las que ya fueran expuestas en la interlocutorio del 22.06.04, son suficientes para tener por configurados los presupuesto de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, exigidos por el art. 230 del CPCC, a los fines de suspender el decreto atacado, máxime cuando no advierto que pueda verse perjudicado el interés público -repárese para ello en que a la fecha la concesionaria se mantiene a cargo de la prestación del servicio, previéndose recién para los próximos 30 días el

traspaso a la Unidad de Gestión Operativa a la que refiere la resolución 408/04 de la Secretaría de Transporte, en los términos del art. 4° del decreto 798/04-, antes bien él aconseja el mantenimiento de la situación fáctica, cuanto menos hasta que la suscripta se encuentre en condiciones de decidir."

A fojas 725 la Dra. Rodríguez Vidal decreta "Tiénesse por instaurada la presente acción de amparo y líbrense oficios a las demandadas (Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Transporte y Comisión Nacional de Regulación del Transporte) para que dentro del plazo de 10 días evacuen el informe previsto en el artículo 8 de la ley 16.986."

El Estado Nacional apela la resolución que ordena suspender los efectos del Decreto 798/04 y acompaña sus fundamentos (fojas 727/34)

A fojas 737 la jueza concede el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional contra la medida cautelar dispuesta, con efecto devolutivo, formándose el correspondiente incidente.

A fojas 746 se presenta el Secretario de Transporte de la Nación manifestando que "no está firme la resolución de fecha 30-06-04, que supedita la vigencia de la medida cautelar hasta tanto se lleve a acabo la audiencia fijada para el día 6 del corriente. En razón de lo expuesto no resulta pertinente, atento el estado de autos, la realización de la audiencia indicada, en virtud del recurso interpuesto, por lo que solicitamos a V.S. la deje sin efecto." Acompaña documentación.

A fojas 747 la magistrado decide que "encontrándose vigentes los fundamentos que sustentaron la resolución de fojas 713/14, mantener la medida cautelar decretada en autos, ello hasta tanto se concrete la audiencia que ya fuera convocada."

A fojas 770 el representante del Estado Nacional acompaña las copias de las actuaciones para la formación del incidente de apelación.

Luego de corrido el traslado del recurso presentado y contestado los agravios por Metropolitanos General San Martín SA, a fojas 823 pasan los autos al acuerdo.

A fojas 824 la Dra. Rodríguez Vidal decreta que "no habiendo la parte demandada (Estado Nacional) presentado las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el art. 250 inc. 3° del Código Procesal, declárese desierto el recurso de apelación articulado a fojas 769/777 contra la resolución de fojas 747, concedido a fojas 778."

La empresa actora se presenta en Cámara denunciando este decreto y solicitando se declare abstracto el recurso impetrado. (fojas 825/26).

La Alzada solicita la urgente remisión de los actuados principales. (fojas 827)

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 4, resuelve, con fecha 16 de setiembre de 2004 (fojas 833/38), luego de reseñar las constancias de la causa y teniendo en consideración los fundamentos que llevaron al Poder Ejecutivo Nacional al dictado del Decreto 798/04, declarar "la nulidad de las sentencias de fojas 713/14 - en su integración con la de fojas 232/33 vta. - y de fojas 747, con la consiguiente privación de efectos de los actos consecuentes... .. y Ordenar la remisión de la causa a la oficina respectiva para su asignación a un nuevo tribunal de primera instancia."

Para así decidir la Alzada tuvo en cuenta que "mas allá de la rescisión del contrato de concesión celebrado con Transportes Metropolitanos General San Martín S.A., de la lectura integral del Decreto 798/04 surge que, por un lado, en lo que se refiere al destino de la concesión, solo se encuentran previstas medidas transitorias para asegurar la continuidad del servicio, hasta tanto sea entregada su posesión a la empresa que resulte adjudicataria de la licitación que se llevara a cabo para otorgar la concesión de la línea ferroviaria en cuestión; y, por el otro, la adopción de medidas dirigidas evaluar el desenvolvimiento y cumplimiento de la concesión a la luz de la normativa vigente, en especial para conocer el estado de los bienes y la posibilidad de iniciar acciones administrativas y legales".

Los camaristas resaltan que "en el sub lite, se encuentra en juego la prestación en debida forma de un servicio publico, en el que los incumplimiento observados por la concedente afectarían su calidad e implicarían riesgos para la seguridad de los usuarios, involucrando -por lo tanto- una cuestión en la que esta fuertemente comprometido el interés publico. Ello lleva necesariamente a extremar los recaudos para examinar la procedencia de una medida cautelar como la pretendida, en atención a su repercusión en la comunidad."

"Es cierto que para el dictado de una decisión de esa naturaleza no se exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pero pesa sobre quien la solicita la carga de probar la existencia de la verosimilitud en el derecho invocado y del peligro en la demora: resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen (conf. CSJN, doct. en Fallos 326:973, y muchos otros). Del mismo modo, debe el juez exponer las razones que, en ese examen preliminar, lo

llevan a tomar la decisión, máxime cuando esta de por medio un obrar estatal que goza de presunción de legitimidad y que tiene grave incidencia en el bien público."

I. Los Dres. Uslenghi, Galli y Jeanneret de Pérez Cortes, sostienen que "las consideraciones en las cuales la juez a quo fundó las medidas de fs. 232/233 y 714/714 lejos están de cumplir recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Ello es así, en primer lugar, porque solo ha sustentado la decisión en la necesidad de escuchar a los organismos públicos, y en alegaciones genéricas acerca de eventuales contradicciones tanto entre los comportamientos de las autoridades intervinientes, como respecto de los fundamentos de la rescisión y las circunstancias invocadas para declarar la emergencia ferroviaria. Sin embargo, no puede obviarse que los diferentes medios de prensa han puesto reiteradamente de resalto la deficiente prestación del servicio ferroviario bajo examen. Al mencionado tratamiento periodístico de la cuestión, se añaden diversos informes efectuados por los organismo de control del sector público nacional -Auditoría General de la Nación y Sindicatura General de la Nación-, publicados en las respectivas páginas de Internet y a los que consiguientemente se puede tenerse fácil acceso. En ellos se pusieron de manifiesto serios defectos o incumplimientos de la concesionaria actora, entre los que podría mencionarse, a mero título de ejemplo: vencimientos de pólizas de los seguros de bienes, responsabilidad civil y accidentes de trabajo; aplicación de sanciones de elevados montos; que diversas obras a financiarse con fondos provenientes de las tarifas no tuvieron principio de ejecución a pesar de que el concesionario los había recaudado íntegramente; que se registraba un 0% de cumplimiento en la adecuación de las estaciones para personas con movilidad reducida, etcétera (conf. [www.agn.gov.ar](http://www.agn.gov.ar) y [www.sigen.gov.ar](http://www.sigen.gov.ar) ). Aunque el relieve de los hechos invocados en el Decreto 798/04 y las circunstancias -que son de público conocimiento- lo requerían, la juez dispuso la suspensión de los efectos del acto de rescisión sin efectuar referencias concretas y pormenorizadas que pudieran prima facie brindar verosimilitud al derecho de la actora"

Continúan los camaristas sosteniendo que "la magistrado tampoco ha justificado debidamente la existencia de peligro en la demora que sustentase el dictado de la medida cautelar de suspensión de los efectos del decreto 798/04. En efecto, en el sub lite se encuentran en juego dos valores: por un lado, el interés público involucrado en la prestación adecuada, eficiente y segura del servicio de transporte ferroviario

y, por el otro, el interés particular de la concesionaria de ese servicio de no verse perjudicada económicamente por la decisión de rescisión. En esa pugna, y ante la ausencia -preliminar- de arbitrariedad manifiesta en la actuación de la Administración, cobra clara primacía el primero de dichos valores. Es que, si -por hipótesis- se confirmara la tutela solicitada y luego de sustanciado el proceso se advirtiera que el decreto impugnado no es ilegítimo se habría ocasionado un grave perjuicio a la comunidad, de difícil sino imposible reparación; pues es muy presumible que -dadas las condiciones- el servicio se habría seguido prestando con graves deficiencias para los usuarios. Por el contrario, si se revocara la medida pretendida por no considerar configurados, en este estado larval del proceso, los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora y, con posterioridad, sobre las bases de nuevas pruebas, se llegara a la conclusión de que asistía razón a la demandante, el eventual daño ocasionado con la denegatoria de la cautelar podría ser reparado no solo mediante la indemnización que pudiere -en su caso- corresponder, sino incluso con una satisfacción en especie, reponiéndola en la prestación del servicio (ya que mediante dicho decreto 798/04 no han sido adoptadas medidas definitivas que impliquen un nuevo otorgamiento de la concesión a un tercero y la adquisición de derechos por parte de este con el consiguiente desplazamiento final de la empresa actora)".

Agregan los jueces que "a mayor abundamiento, que -en el estrecho marco del proceso elegido y con los elementos que obran en la causa- el tribunal no está -siquiera preliminarmente- persuadido de que las consideraciones efectuadas en el Decreto 798/04 por el Poder Ejecutivo carezcan de sustento, o de que existan incumplimientos por parte del Estado de magnitud tal que justifiquen la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus. Menos aun llega a la conclusión de que concurra en la especie el peligro en la demora, imprescindible para el dictado de la medida cautelar."

Asimismo, los magistrados ponen de relieve que "en las sentencias de fs. 232/233 vta. y 713/714 no se ha fijado la contracautela, tal como se exige en las normas procesales (conf. art. 199 del código procesal). Ninguna medida de seguridad fue adoptada al respecto. Se ha destacado la importancia que la decisión en debate reviste -para la comunidad en general y, de modo particular, para los usuarios del servicio- por lo que la juez no pudo prescindir de fijar la caución, graduando su calidad y monto de acuerdo a las circunstancias del caso, para

hacer frente a los eventuales perjuicios que la medida pudiera ocasionar."

Por todas las deficiencias apuntadas los magistrados concluyen en decretar la nulidad de las sentencias y los actos consecuentes y sortear un nuevo juzgado para intervenir en los actuados.

Luego resultan las actuaciones asignadas al Juzgado Nacional de Primeras Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2.(fojas 844)

A fojas 853/898, la Empresa Transportes Metropolitanos General San Martín SA plantea recusación respecto de los integrantes de la Sala IV de la Cámara, quienes declararon la nulidad precedentemente referida y deduce recurso extraordinario federal contra dicha sentencia.

A fojas 902 se expide el Fiscal General en el sentido que corresponde rechazar la recusación planteada.

A fojas 904/05 la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resuelve desestimar la recusación impetrada.

Resuelto el planteo recusatorio continúa la Sala IV de la Cámara interviniendo en el análisis de la procedencia del remedio extraordinario presentado por la actora y a fojas 942 resuelve rechazar el recurso presentado invocando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto de que el pronunciamiento apelado no constituye sentencia definitiva.

Luego, y recibidos los actuados por el Juzgado N° 2 del fuero, con fecha 28-04-05 el magistrado, Dr. Sergio Fernández, resuelve rechazar la acción de amparo intentada.(fojas 379/83)

Considera el juez que "a tenor del dictado del Decreto 798/04 los extremos que motivaron la presentación de la acción de amparo según los términos originales de la pretensión (fs. 2/24), enderezada a poner fin a una supuesta acción intimidatorio de origen gubernamental, así como a impedir todo acto que implicara la conclusión de la Concesión otorgada al aquí reclamante, carecen de actualidad y el planteo sustentado ha devenido abstracto. Por manera que en razón de la necesidad de resolver el amparo con ajuste a las circunstancias que se verifican como actuales, y de decidir aquellas cuestiones controvertidas a cuyo respecto se mantiene un concreto y real interés jurídico, preciso es señalar que la decisión se limitara a lo atinente al dictado del mencionado decreto.

Respecto de la inadmisibilidad formal de la acción invocada por el Estado Nacional, el magistrado tiene presente que el Decreto 798/04 "decidió la rescisión del contrato de concesión de la explotación de los servicios ferroviarios de pasajeros,

aprobado mediante decreto 479/04, suscripto con la actora, en ejercicio del derecho conferido en el art. 19.2 inc. c) del contrato de concesión, y con fundamento en el incumplimiento por parte del concesionario, de una serie de obligaciones (que no han sido suspendidas por la declaración de emergencia dispuesta en el decreto 2075/02), concernientes a la vigencia de la garantía, imposición de penalidades, mantenimiento del material tractivo y rodante así como de los bienes muebles e inmuebles entregados en concesión. Se dispuso también, sujetar la liquidación final del contrato a lo que resultase del informe que debía producir la Unidad de Renegociación y Análisis de contratos de Servicios Públicos (creada por el Decreto 311/03), evaluándose la totalidad de las acciones y cuentas involucradas en el Contrato de Concesión, a fin de determinar la eventual lesividad padecida por el Estado Nacional y los usuarios durante la ejecución del Contrato de Concesión."

El Dr. Fernández teniendo en cuenta "los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta el acto cuestionado, y la entidad, alcance y contenido de las objeciones formuladas por la amparista, particularmente en cuanto concierne a los incumplimientos contractuales que se le imputan, resulta por demás evidente que la acción de amparo no es en modo alguno la vía adecuada para ventilar, en el caso específico aquí planteado, los criterios de evaluación de los incumplimientos, adoptados por el Estado Nacional a la hora de decidir la objetada rescisión. Cabe aquí recordar que si bien la ley de amparo no es excluyente de las cuestiones que requieren tramites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve tramite previsto en la reglamentación normativa (C.S. Fallos: 307:718); interpretación que no se ve alterada, sin mas, por la reforma constitucional del año 1994, puesto que conforme al nuevo texto del art. 43 de la Carta Magna, se mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto se requiere mayor debate y prueba, y por lo tanto no se da el requisito de "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" en la afectación de derechos y garantías constitucionales, cuya demostración es imprescindible para la procedencia de la acción impugnatoria que se intenta (C.S., Fallos; 275:320; 296:527; 302:1440; 305:1878; 306:788; 319:2955 y 323-2:1825)."

En torno a este punto concluye el magistrado indicando que "en tales condiciones, parece incuestionable que lo atinente a la determinación de la subsistencia de las garantías contractuales, la entidad de las penalidades impuestas -en

tanto fueren susceptibles de superar el 30% de la aludida garantía-, así como lo referido al mantenimiento del material tractivo y rodante, al déficit de las inversiones informadas en los balances trimestrales con relación a lo establecido en la normativa vigente, y lo relativo a la contratación de seguros que resguardaran los bienes muebles e inmuebles entregados al concesionario con motivo del contrato, involucra y requiere de la investigación y esclarecimiento de complejas circunstancias de hecho -concretamente vinculadas a la explotación y cumplimiento del servicio llevado a cabo por el concesionario-, que naturalmente exceden al marco de debate y prueba de la acción de amparo."

"Dado que, según resulta evidente, para demostrar la presunta ilegitimidad del acto y valorar la existencia y entidad de los incumplimientos atribuidos al concesionario, es menester un desarrollo probatorio que es propio del proceso de conocimiento, resulta claro desde la perspectiva adecuada, lo que es determinante del rechazo de la acción intentada (conf. doct. C.S., Fallos: 323:1825 y 2097; CNCont. Adm. Fed., Sala I, causa 133.182/02 del 25-9-03; ídem Sala V, causa 134.493/03 del 9-6-04; ídem id., causa 38.666/03 del 16-6-04)."

Asimismo, destaca el juez "a título de principio general que no corresponde admitir la acción de amparo cuando existe una vía administrativa mediante la cual impugnar el acto, que permitiría obtener la protección del derecho o la adecuada y eficaz tutela del derecho o garantía invocados (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala II, fallo del 4-5-03, in re "Roemmers SAIC c/ E.N. (Min. De Salud) s/ Amparo"; ídem, Sala IV, fallo del 28-4-93, in re "Olleta, Julio A. c/ E.N. s/ Amparo"). Y aun cuando el art. 43 de la C.N. condiciona la posibilidad e interponer la acción de amparo, a la inexistencia de otro remedio judicial mas idóneo -modificando con este texto el criterio general sustentado en el art. 2 de la ley 16.986, que impedía admitir la acción cuando existieran recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección del derecho o garantía constitucionales de que se trate (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala IV, causa 24.329/00 del 6-3-01)-, lo concreto es que cuando esa protección es susceptible de ser obtenida eficazmente a través de un procedimiento que -frente a las circunstancias del caso- presente tal aptitud, se impone el rechazo de la vía intentada (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala I, fallo del 222-5-96, in re "Ayudin SA c/ Sec. De Medios de Com. Presid. De la Nación s/ Amparo")."

Prosigue el magistrado fundando en que "Ello determina también el rechazo de la acción de amparo, por un doble orden de

consideraciones. En primer termino, por cuando según lo ha anunciado el propio accionante, habrá de interponer la vía recursiva administrativa con relación al decreto impugnado, lo que como es sabido comporta además el cumplimiento de los recaudos de agotamiento de la instancia pertinente, exigidos por la ley 19.549, de modo que la instancia pertinente, exigidos por la ley 19.549, de modo que la pendencia del reclamo de tal naturaleza forma obstáculo decisivo a la vía judicial del amparo (conf. CNCont.Adm.Fed., Sala II, fallo del 29-3-04, in re "Gagliardi L.M. c/UBA s/ Amparo"). Y en segundo lugar puesto que, según se ha visto, al existencia de una vía procesal idónea y pertinente para ventilar los cuestionamientos que se formulan al decreto en cuestión, que puede y debe ser articulada una vez agotada la administrativa, determina la existencia de tutela adecuada y eficaz de los derechos y garantías que se dicen vulnerados, precisamente con la amplitud de debate y prueba que la entidad y complejidad de la cuestión imponen (conf. CNCont.Adm.Fed., Sala IV doctrina del fallo del 6-3-01, "Estancias La Dorita SA y otros c/ EN -Jefatura de Gabinete- Insp. Gral. De Justicia s/ Amparo")."

Asimismo recuerda que "la acción de amparo resulta inadmisibile cuando las circunstancias de la causa evidencian que no aparece nítida, en la especie, la lesión cierta e ineludible causada por la autoridad, con arbitrariedad o legalidad manifiesta (conf. C.S. fallos: 303:422). Sobre el particular basta con tener en cuenta que, en todo régimen de prestación de servicios por medio de concesionarios, lo atinente al control de cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular (y la asignación de las consecuencias de la evaluación que se lleva a cabo con motivo de los controles efectuados), esta determinado teniendo en mira el interés publico involucrado, que en el caso esta determinado por la necesidad de asegurar la continuidad de la prestación en condiciones regulares y garantizar a la vez la protección del usuario (conf. C.S. Fallos: 321:1786). En razón de ello y teniendo en cuenta que el régimen de emergencia establecido por el Decreto 2075/02 y la Resolución N° 115/02, en modo alguno inhibe al concedente en orden a sus facultades sancionatorias y aun las rescisorias frente a concretos y relevantes incumplimientos en que incurriera el concesionarios (adviertas que el art. 56 del decreto citado, no autoriza a las empresas prestadoras, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones), preciso es concluir que en ejercicio de las potestades de control, el concedente conserva tales prerrogativas precisamente en orden al resguardo del interés

publico involucrado y a la necesidad de asegurar la continuidad de la prestación garantizando los derechos del usuario.”

Agrega el Dr. Fernández que “el mecanismo de renegociación implementado por el Decreto 311/03 tampoco impide el ejercicio de la facultad rescisoria contenida en las cláusulas contractuales (art. 19. inc.2 del Contrato de Concesión), cuando como en el caso, se sustenta en extremos de hecho que configuran presuntos incumplimiento respecto de obligaciones contractuales y de las que no se encuentra relevado el concesionario; por manera que no se advierte que el procedimiento negocial, impida en todo tiempo la rescisión del contrato con fundamento en circunstancias de hecho derivadas de la propia conducta del contratista, y que por cierto se encuentra al margen del ámbito de la renegociación derivada del contexto de emergencia ya mencionado. Desde esta perspectiva, el Decreto 798/04 no luce manifiestamente arbitrario ni ilegítimo, habiendo sido dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de potestades normativa y contractuales vigentes; razón por la cual se encuentra incumplido el recaudo establecido en el art. 1 de la ley 16.986, lo que comporta un argumento autónomo que conduce también al rechazo de la acción intentada.”

**VII. De lo actuado en el expediente “Asociación Protección Consumidores de Transportes Públicos c/P.E.N. Ministerio de Planificación- Secretaría de Transporte- Decreto 798/04 y otros/ Amparo Ley 16.986” por el Dr. Ernesto Marinelli.**

Con fecha 21-07-04 se presenta el Dr. Gustavo Pérez como apoderado de la Asociación de Protección de Consumidores de Transportes Públicos - Asociación Civil- interponiendo una acción de consumidores y usuarios, en los términos previstos en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional y 5 de la Ley de Defensa al Consumidor, contra el Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Transporte de la Nación- y el Ministerio de Economía y Producción - Unidad de Renegociación y Análisis de Servicios Públicos, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del Decreto 798 de fecha 23 de junio de 2004 (B.O. 25-06-04) en virtud del cual se rescindió el contrato de concesión firmado con la empresa Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. Asimismo solicita que hasta tanto se resuelva la presente acción, se dicte una medida cautelar que suspenda los efectos de dicha Decreto.

Con carácter previo, se solicita al señor Fiscal Federal se expida sobre la procedencia de la habilitación de la feria

judicial en curso, quien a fojas 5 considera que el magistrado debe denegar la misma según lo establecido en los artículos 153 del CPCCN y 4 del Reglamento para la Justicia Nacional.

El Dr. Ernesto Marinelli, en su carácter de juez de feria, con fecha 27-07-04 resuelve que "Teniendo en consideración que por el decreto que impugna - 798/04 - ya fue decretado el acto cuya suspensión se trata en autos, considero concurren en la especie los supuestos previstos en los artículos 153 del Código Procesal y 4° del Reglamento para la Justicia Nacional, por lo que corresponde habilitar la presente feria judicial." (fojas 295)

En la misma fecha el magistrado resuelve, previa caución juratoria, "decretar cautelarmente la suspensión de los efectos del Decreto 798/04 y de la Resolución 408/04 de la Secretaría de Transporte de la Nación, hasta tanto se resuelva en este proceso sobre la inconstitucionalidad alegada por la accionante o hasta la culminación del procediendo de renegociación previsto en el marco del Decreto 311/04." (fojas 296/299)

El juez considera que la legitimación del amparista encuentra su fuente en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Dentro del conjunto de bienes jurídicos protegidos por la norma, encuentran recepción expresa los derechos de incidencia colectiva. Consecuentemente, tanto los derechos involucrados en los artículos 41 y 42 de la Ley Fundamental, y todo cuanto admita ser conceptualizado entre los derechos de incidencia colectiva en general, confiere legitimación para accionar al afectado (cualquier integrante del colectivo), al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines y estén registradas de acuerdo con la ley.

Para conceder la medida cautelar solicitada el magistrado tiene en cuenta que "en los procesos contenciosos administrativos, sometidos a trámites de conocimiento, como el sumarísimo (art. 498 del Código Procesal), es posible dictar una medida cautelar suspensiva del acto administrativo (art. 12 de la Ley 19.549), siempre que el derecho invocado resulte verosímil y concurra una situación de peligro en la demora, como corolario de lo cual la sentencia pudiera tornarse en ineficaz o de imposible ejecución (art. 230 del código citado)".

Recuerda que "el art. 42 de la Constitución Nacional manda a las autoridades - y por lo tanto, no sólo al Congreso y al Poder Ejecutivo, sino asimismo a los jueces- a proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos nacionales, disponiendo en especial, que la ley debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional

previando la participación de las asociaciones de usuarios y consumidores y las provincias interesadas, en los organismos de control".

De tal modo, "la Constitución garantiza la efectiva participación de los usuarios, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, 3° párr.) y se complementa con la garantía de audiencia pública, que a su vez articula el derecho a la defensa previa del art. 18 con el derecho de incidencia colectiva del art. 42 (cfr. Agustín Gordillo, op. cit. T.2, 6° ed. II-8)".

"De aquí que, en la actualidad, y dado que la Constitución Nacional contiene un claro mandato de optimización de las garantías que ella consagra, en tanto las mismas se realizan sólo en su máxima medida posible, la participación de los usuarios y consumidores y las asociaciones vinculadas, no se limita únicamente ya a la protección que corresponde dispensarles en la relación de consumo, sino que se proyecta a todo lo concerniente a la prestación del servicio y a su interrupción, en cuyo marco los regímenes de audiencia pública, y de consulta y de participación ciudadana, deben ser de carácter general y no ser vistos ni interpretado por las autoridades como regímenes ad hoc, para ser dictados y aplicados en cada oportunidad, como si fueran - tal como lo señala Gordillo- regímenes jurídicos descartables."

Prosigue argumentando el Dr. Marinelli que "tampoco las vicisitudes contractuales deben ser ajenas a los intereses de los usuarios pues no solo se vinculan indisimuladamente con la calidad del servicio que reciben, sino, asimismo, con la información que ellos mismos y el conjunto de la sociedad debe disponer para interiorizarse de las decisiones que las autoridades adoptan en la materia. En los procesos democráticos la confianza del pueblo en los gobernantes es de la esencia misma del sistema. El pueblo debe sentir que es el verdadero titular del poder y tiene que creer que sus intereses son los verdaderos objetivos de los gobernantes. Por tal razón se impone la participación de los usuarios en la renegociación de los contratos de concesión de servicios públicos privatizados y también en los procedimientos y mecanismos que conducirán, eventualmente, al dictado de la resolución rescisoria del contrato mismo."

Desde este punto de vista continua indicando que "Es claro que el Decreto 311/03, dictado por la actual administración, importó un verdadero avance en la participación de las asociaciones de usuarios en las cuestiones y decisiones vinculadas con los servicios de que se trata. Mediante dicha norma se dispuso

la creación de una UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANALISIS DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS que será presidida por los Ministros de Economía y Producción y Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, estableciéndose de esa forma un esquema de gestión institucional que posibilitara la adopción de decisiones conjuntas por ambos Ministerios en materia de servicios públicos. La mencionada Unidad tiene a su cargo proseguir con el proceso de renegociación que hasta ese momento se llevara a cabo en el ámbito de la COMISION DE RENEGOCIACION DE CONTRATOS DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, creada por el Decreto 293/02".

"Asimismo, se contempló expresamente, que debía implementarse mecanismos que permitieran la adecuada información a usuarios y consumidores de bienes y servicios públicos, tales como audiencias públicas y consultas públicas a las asociaciones del sector, recabando de ellas mejoras que pudieran incluirse en los respectivos acuerdos. En consecuencia, estableció, en la parte resolutive, que los mencionados Ministerios, a través del dictado de resoluciones conjuntas, deberían disponer entre otras cosas, "...los regímenes de audiencias públicas, de consulta pública y participación ciudadana que resulten pertinentes y apropiados en relación con los distintos procedimientos y a los respectivos contratos o licencias de los servicios públicos involucrados."

Respecto de este tema concluye el Dr. Marinelli indicando que "Consecuentemente, quedó así plasmada la participación de las asociaciones de usuarios en los procesos de renegociación de los contratos de servicios públicos, lo cual indiscutiblemente involucra también lo relativo a la rescisión del contrato en tanto se trata esta de una contingencia posible como corolario de un proceso de renegociación en el cual las partes no alcanzaron acuerdos o consensos que posibilitaran la continuidad de la relación convencional."

Sostiene el magistrado que, "Sin embargo, en el marco de la rescisión declarada mediante el Decreto 798/04 no se ha dado cabida ni participación alguna a las asociaciones de usuarios, aún cuando no se exponen entre sus considerandos, motivos o circunstancias que desaconsejaran, en el caso, tal participación, en mérito, por ejemplo, a eventuales demoras que ella podría acarrear y la urgencia en desalojar a la concesionaria en cuestión de la prestación del servicio."

"A lo que se añade que mediante la Resolución 408/04 de la Secretaría de Transporte de la Nación - dictada con fundamento en el artículo 4 del decreto impugnado en autos- se otorga la operación de emergencia del servicio ferroviario

correspondiente al Grupo de Servicios N° 5 (General San Martín) a una denominada Unidad de Gestión Operativa integrada por las restantes empresas concesionarias del servicio de transporte ferroviario urbano de pasajeros en el Area Metropolitana de Buenos Aires (Metrovías SA, Ferrovías SA y TBA SA), las cuales también se encuentran encuadradas en la emergencia declarada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 2075/02. Y en este caso tampoco se consideró necesario promover la participación de las asociaciones de usuarios, no obstante que el corolario de esta ultima decisión es entregar directamente el servicio a nuevas prestadoras; decisión que no resulta atemperada o menguada en su relevancia por la circunstancia de una pretendida transitoriedad."

El magistrado considera que "el derecho invocado por la accionante se encuentra revestido de verosimilitud suficiente a los fines de la suspensión del acto impugnado, hasta tanto se resuelva la inconstitucionalidad alegada o hasta la culminación del procedimiento de renegociación que deberá ser llevado adelante con la debida participación de las asociaciones de usuarios, en los términos del Decreto 311/03. Ello, habida cuenta que, en este último supuesto, de todos modos la resolución del conflicto queda en manos de la actual administración, pero con la participación y el control de los usuarios, quienes, en esa instancia, podrán ejercer debidamente sus derechos constitucionales."

El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, mediante su representante, interpone a fojas 339/348 recurso de reposición con apelación en subsidio, a efectos de revocar por contrario imperio la decisión de fecha 27-07-04, mediante la cual se concedió la medida cautelar solicitada, mediante la cual se decreta la suspensión de los efectos del Decreto 798/04 y de la Resolución 408/04 de la Secretaría de Transporte de la Nación.

La Comisión Nacional de Regulación del Transporte se presenta a fojas 339/348 Y 422/450 interponiendo recurso de reposición con apelación en subsidio contra la mencionada decisión.

Con fecha 06-09-04, el juez titular del Juzgado, Dr. Sergio Fernández, resuelve revocar por contrario imperio la resolución del señor juez de feria que concedía la medida cautelar (fs. 295/299), dejando sin efecto la medida cautelar allí dictada, en cuanto dispuso la suspensión de los efectos del decreto 798/04 y de la Resolución N° 408/04 de la Secretaria de Transportes de la Nación. (fojas 525/28)

Para ello, el magistrado tiene en cuenta que cuando "se trata de una pretensión cautelar articulada respecto de una acto

administrativo, y con particular relación a la admisibilidad de la medida, cabe señalar en primer termino que su procedencia esta determinada por la existencia de cuestionamientos sobre base "prima facie" verosímiles, acerca de la legitimidad del acto cuyo cuestionamiento se formula (conf. C.S., Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702), y cuando se advierta la existencia de un fallo inminente y grave a consecuencia de actos que lucen en apariencia arbitrarios (conf. C.S., fallo del 25-2-92, Rec. De Hecho en autos "Asoc. Pers. Sup. Segba c/ Ministerio de Trabajo"), para cuya valoración no es menester un examen de la certeza del derecho invocado, sino una suficiente apariencia de verosimilitud en el planteo del impugnante (conf. C.S., fallo del 15-2-94, in re "Obra Soc. de Docentes Particulares c/ Pcia. de Córdoba"; ídem, 11-4-95 in re "Espinoza Buschiazio, Carlos A. c/ Pcia. de Buenos Aires", pub. L.L. 1995-D, pag. 199), acorde con la naturaleza, contenido y alcances del acto en cuestión". Estima el juez que "el ámbito decisorio en que se enmarca el ejercicio de la función administrativa objeto de juzgamiento en esto autos (decreto 798/04 y Resolución N° 408/04 de la Secretaria de Transporte de la Nación), exhibe numeroso y particulares elementos reglados y otros sujetos a la discrecionalidad técnica del obrar de la autoridad publica, entre los cuales se encuentran precisamente los atinentes al control, determinación y valoración de las condiciones y modo de cumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario y prestador del servicio de transporte ferroviario urbano de pasajeros".

Considera el Dr. Fernández que "Es innegable que en este ámbito la administración cuenta con un margen de apreciación que le confiere la facultad de llevar a cabo una valoración subjetiva de los intereses comprometidos, seleccionando las alternativas entre varias igualmente validas (conf. Gordillo, A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, Parte General, p. X-15; Sesin, Domingo, "administración Publica, Actividad Reglada, Discrecional y técnica", pag 126, Bs. As. 1994). Debe reconocerse entonces que los criterios de evaluación técnica, tanto respecto de los deberes cuyo cumplimiento debe garantizar el concesionario, como en orden a las restantes condiciones en que se debe prestar el servicio, así como en lo atinente a la eventual sustitución provisional del prestador, comportan el regular ejercicio de facultades discrecionales por parte del Poder Ejecutivo, sin que las meras discrepancias volcadas por el accionante de autos (en su calidad de representante de usuarios), posean ritualidad y sustento (tanto fáctico como técnicos y jurídicos) suficientes para demostrar -en el actual

estado, y dicho esto al solo y único efecto del análisis de la procedencia de la pretensión cautelar - la arbitrariedad o ilegitimidad de la decisión rescisoria adoptada en la emergencia por la autoridad de aplicación”.

Recuerda al respecto, “que la discrecionalidad no puede ser entendida como un ámbito de decisión administrativa puramente provisional, recaída siempre a reserva de la posibilidad de otra definitiva y distinta, sea del Juez (conf. Parejo Alfonso, L., “Administrar y Juzgar”, pag. 122, Madrid, 1993) o de la propia administración. Parece imprescindible aclarar a esta altura que en cuanto concierne a la actividad llevada a cabo por la autoridad de aplicación, en todo lo atinente a la compilación de antecedentes, como la etapa valorativa respecto de los extremos comprobados y el iter decisorio que desembocó en el dictado del Decreto 768/04, en modo alguno comportan ni pueden aun por analogía, ser asimilados a un proceso de renegociación del pertinente contrato de prestación del servicio público de pasajeros, de modo que la inaplicabilidad del Decreto 311/03 deviene en este estado, manifiesta”.

Advierte el Dr. Fernández que “en los considerandos del Decreto en cuestión, se toman en cuenta extremos objetivos y situaciones de hecho debidamente comprobados (sobre cuya existencia no median cuestionamientos específicos por parte de la entidad amparista), cuyo análisis y valoración desde el punto de vista técnico ha conducido a la conclusión de que tales eventos comportan en definitiva graves incumplimientos por parte del concesionario respecto de las obligaciones a su cargo, todo lo cual motivó la rescisión dispuesta; la cual, teniendo en cuenta la entidad de las faltas imputadas y su trascendencia en orden a las condiciones en que se presta el servicio, se encuentra “prima facie” justificada”.

Señala el magistrado que “el control judicial del acto administrativo reconoce como límite real y lógico, aquellas cuestiones que se deben resolver por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico y que solo puede ser formulado por un organismo especializado de la administración, el cual en si mismo escapa por su naturaleza al control jurídico, que es propio del órgano jurisdiccional; de tal suerte que, verificando los presupuestos fácticos tenidos en cuenta para el ejercicio de la competencia, la valoración de los aspectos y consecuencias técnicas que de ellos se derivan, queda circunscripta en un ámbito de discrecionalidad característico de la actuación de los organismos de aplicación (conf. Parejo Alfonso, L., op. Cit., pag 71; Parada, R.,

"Derecho Administrativo", t. I, pag 133, 7ª. Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995)".

Prosigue el juez señalando que "ha de reconocerse al Poder Ejecutivo como autoridad competente en materia de regulación del servicio de transportes, no corresponde en principio sustituir los criterios empleados en ejercicio de su actividad, que en el caso - y dicho esto, reitero, al solo y único efecto del análisis de la cautelar dictada- no se advierte como cumplida con manifiesta arbitrariedad o ilegitimidad (conf. CNCont. Adm. Fed., doctrina del fallo del 17-6-99, "Radio Mitre SA c/ Comfer)".

Y en estas condiciones, juzgada que "la rescisión dispuesta mediante el decreto 798/04, no aparece como principio y en el actual estado de autos, susceptible de serio y fundado cuestionamiento con entidad tal que justifique la suspensión dispuesta en la providencia recurrida".

Respecto del fundamento en que se sustenta la medida cautelar, consistente en la falta de participación de las asociaciones de usuarios, tanto en orden a la rescisión, como en cuanto a la asignación provisional de la explotación de otros prestadores, el Dr. Fernández señala que, por un parte que la Res. 408, no es sino consecuencia natural del Decreto 798/04, puesto que, declarada la rescisión de la concesión, resulta imperiosa la asignación del servicio a otro prestador (en actividad y con infraestructura apropiada), para que se haga cargo en forma inmediata y provisional del mismo, asegurando así su continuidad y en definitiva, evitando el concreto e inminente perjuicio a los usuarios que se habría de derivar de la interrupción de la prestación".

Continúa argumentando que "manteniéndose los efectos y ejecutoriedad del Decreto 798/04 en cuestión, resulta ineludible mantener a su vez la vigencia de la Resolución 408, pues una solución contraria conduciría inexorablemente a la paralización del servicio de la línea ferroviaria (ex - Gral. San Martín), efecto seguramente no deseado por la propia actora, en tanto y en cuanto invoca la representación de usuarios del servicio en cuestión. Y de otra parte, nótese que tanto el decreto como la resolución objeto de cuestionamiento en estos autos, no comportan ni tienen por efecto renegociación alguno de contratos de concesión de servicios públicos, a lo que se añade que la asignación de un operador para sustituir al concesionario excluido, es de carácter meramente provisional, razón por la cual no parece exigible como recaudo de validez de dichos actos, el previo cumplimiento del mecanismo participativo previsto por el Decreto 311/03".

Concluye el magistrado sosteniendo que "procede respetar las opciones valorativas y el margen de discrecionalidad indispensable de la autoridad regulatoria, cuando como en el caso, actúa validamente en la esfera de sus potestades constitucionales (conf. C.S., doctrina del fallo del 20-4-95 "Pazos Eliana B. c/ Consejo Nac. De Educación Técnica -CONICET- s/ Juicio de Conocimiento", pub. L.L., 1995-D, pag. 226), y no es susceptible de provocar un agravio o perjuicio inminente y grave en los derechos y prerrogativas del interesado, dado que por el contrario de lo que se trata es precisamente de garantizar la continuidad de la prestación del servicio publico de pasajeros en el área urbana, en condiciones que la autoridad de aplicación ha estimado -en principio- mas beneficiosas para el propio universo de usuarios (apareciendo así manifiesta la carencia de interés de la entidad accionante, respecto de la selección provisional del prestador por parte del Estado, pues en tanto representante de usuarios, dicho interés se encuentra satisfecho en la continuidad del servicio)".

A fojas 531 la Asociación de Protección de Consumidores de Transportes Públicos - Asociación Civil-presenta interpone recurso de apelación contra la sentencia mencionada, y una vez concedido en relación a fojas 532, presenta en tiempo y forma el memorial a fojas 533/545.

A fojas 587/91 la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 3 desestima el recurso de apelación impetrado.

La Alzada para decidir de este modo tiene en cuenta que el Decreto 798/04 dispuso "la rescisión del contrato de concesión de la explotación de los servicios ferroviarios de pasajeros aprobado mediante el decreto 479/1994 suscripto con la empresa Transportes Metropolitanos General San Martín Sociedad Anónima -Grupo de Servicios 5- en ejercicio del derecho conferido en el art. 19.2 inc. C) del contrato de concesión, sustituido por el art. 12 de la respectiva addenda, con fundamento en los motivos expuestos en los considerandos de ese decreto (art. 1°). Asimismo estableció una serie de medidas de carácter transitorio, dirigidas a asegurar la continuidad del servicio, hasta tanto se entregue la posesión a la empresa que resulte adjudicataria de la línea ferroviaria en cuestión. En tal sentido instruyo a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte para que, con la debida intervención del ex concesionario, realice un inventario detallado de los bienes integrantes de la concesión y establezca el estado de situación de los mismos, formalizando en consecuencia la toma de posesión respectiva (art. 1°). Sujetó la liquidación

final del contrato, a lo que en definitiva resulte del informe que produzca la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos creada por el decreto 311/2003. Facultó a la Secretaria de Transporte a convocar a los concesionarios del servicio de transporte ferroviario urbano de pasajeros del Área Metropolitana de Buenos Aires Metrovías Sociedad Anónima, Ferrovías Sociedad Anónima, Concesionaria y Trenes de Buenos Aires Sociedad Anónima para **conformar una Unidad de Gestión Operativa tendiente a la operación del servicio ferroviario, hasta tanto se entregue la posesión de dicho servicio a la empresa que resulte adjudicataria de la licitación que se llevaba a cabo para otorgar la concesión de la línea ferroviaria en cuestión** (art. 4°, el subrayado pertenece al Tribunal). E instruyó al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para que a través de la Secretaria de Transporte y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte organismo dependiente de la Secretaria de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y con la intervención de la Sindicatura General de la Nación y de la Procuración del Tesoro de la Nación realice una evaluación de la totalidad de las acciones y cuentas involucradas en el contrato de concesión, a fin de determinar la eventual lesividad que padeció en particular el Estado Nacional y el público usuario en general, durante la ejecución del contrato de concesión, a los efectos de iniciar las acciones administrativas y legales que eventualmente correspondan (art. 5°). Y comunicar a la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y Seguimiento de las Privatizaciones creada por el art. 14 de la ley 23696, a la Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el art. 20 de la ley 25561 y a la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos creada por el decreto 311/2003 (art. 8avo)".

La Cámara resalta que "de los considerandos del decreto resulta que tales medidas fueron adoptadas ante el incumplimiento del concesionario de una serie de obligaciones establecidas en la normativa vigente, que no habrían sido suspendidas a pesar del dictado del decreto que declaró en emergencia la prestación de los servicios correspondientes al Sistema Público del Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires ("... Que entre las obligaciones que mantuvieron su virtualidad jurídica se encuentran, entre otras: la vigencia de la garantía de cumplimiento de contrato; la imposición de penalidades por el organismo de control, que no superen el treinta por ciento

(30%) del monto de la garantía de cumplimiento de contrato; el mantenimiento del material tractivo y rodante entregado, como así también, de los bienes muebles e inmuebles que les fueran entregados en concesión, resguardándolos con los seguros correspondientes o con la referida garantía (...) Que, asimismo, como es de publico conocimiento, se han detectado graves y reiterados incumplimientos del concesionario mencionado en lo que hace a la prestación del servicio, puntualidad, confort, oferta de servicios y mantenimiento del material rodante y tractivo, que afectan severamente la ejecución del referido servicio en condiciones adecuadas a la necesidades actuales de los usuarios, como así también las condiciones de seguridad, tanto para los pasajeros transportados como para terceros, resultando de entera aplicación, en consecuencia, las previsiones contenidas en el numeral 19.2 inc. c) del contrato de concesión, sustituido por el art.12 de la respectiva addenda"), ("... que a la fecha se encuentra en servicio solamente el veinte por ciento (20%) del material tractivo entregado en concesión... Que se han verificado incumplimientos a partir del mes de noviembre de 2002 y hasta el 30 e mayo de 2003 en materia de calidad de servicio, por lo que se han impuesto las multas correspondientes que superan el treinta por ciento (30%) del monto de garantía de ejecución contractual... etc.")".

Luego la Alzada se refiere a la resolución N° 408/04 de la Secretaria de Transportes de la Nación que otorgó la operación de emergencia del servicio ferroviario cuestionado a la denominada Unidad de Servicios Operativa, integrada por las restantes empresas del servicio de transporte ferroviario urbano de pasajeros.

Efectuada la reseña de los actos administrativos cuestionados la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosos Administrativo Federal sostiene que "La presunción de validez de los actos administrativos impide disponer la suspensión cautelar de sus efectos sin una estricta apreciación de los requisitos de admisión -peligro en la demora y verosimilitud del derecho-, de los que surja acreditada, prima facie, la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto y un cuidadoso resguardo del interés publico comprometido (esta Sala, 19/6/80, "Asociación Mutual Ferroviaria", 19/3/87, "INc. En autos: Eros S.S:", entre otros). En el caso de autos, no se advierte la presencia de una fuerte verosimilitud del derecho que autorice el dictado de la medida solicitada".

"Ello es así, pues el decreto 798/04, como ya se señaló, -mas allá de la rescisión del contrato de concesión del servicio ferroviario-, contempla, -en lo que se refiere al destino de

la concesión-, una serie de medidas de carácter transitorio, -hasta tanto sea entregada su posesión a la empresa que resulte adjudicataria de la licitación que se llevara a cabo para otorgar la concesión de la línea ferroviaria-; y cuya adopción respondería -dentro del análisis preliminar que este tipo de medidas impone-, a la necesidad de asegurar la continuidad el servicio publico, con fundamento en la gravedad de la situación y a cuestiones de oportunidad, merito y conveniencia. Similares motivaciones habrían precedido al dictado consecuente de la resolución N° 408/04 de la Secretaria de Transportes de la Nación”.

Sostiene la Alzada que “la recurrente se limita a discrepar con la conclusión del juez de grado que, tras ponderar la razonabilidad de esas mediadas excluyó, en principio, la aplicación analógica de las normas del proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos, y por ende, del decreto 311/03. En efecto, ello así, pues no da otras razones que las que ya había expuesto ante el a quo ni acredita de un modo fehaciente las que abonan su postura. Nótese además, que la comprobación de los incumplimientos del entonces prestador de sus obligaciones contractuales que habrían motivado la rescisión dispuesta por el decreto impugnado, así, como el de los restantes prestatarios del servicio de transporte ferroviario, y la comparación entre el nivel registrado por cada uno de ellos, en los que pretende fundar la recurrente la existencia de trato discriminatorio de algunas de las empresas a las que se le otorgó la Unión de Gestión Operativa del Servicio, en desmedro de otras, excede en modo palmario el limitado marco de cognición de este tipo de procesos y de la medida solicitada”.

Concluyen los magistrados sosteniendo que “no se advierte, en principio, que el Poder Ejecutivo Nacional haya incurrido en el ejercicio de sus atribuciones como autoridad competente en materia de transporte en una arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que justifique la suspensión cautelar de los efectos de las normas impugnadas. Tampoco se advierte la existencia de peligro en la demora, que permita arribar a la solución contraria, en función de la celeridad que la vía elegida por la actora impone y que permite suponer que el pronto dictado de la sentencia definitiva; y que de admitirse la medida cautelar solicitada, podría verse comprometida la continuidad del servicio”.

A fojas 595/606 la Asociación de Protección de Consumidores de Transportes Públicos - Asociación Civil-, mediante apoderado

interpone y funda recurso extraordinario federal contra la resolución mencionada.

A fojas 632 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 3, desestima el recurso extraordinario interpuesto por la actora a fs. 595/604 vta. contra el pronunciamiento de fs. 587/537 vta. En atención a que "las resoluciones que deciden medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48 (C.S. "Fallos": 240:440 y 458; 241:199; 244:147; 154:390; 246:191; 251:262; 256:473; 320:2567 y 2833; 322:2517, entre otros); máxime en supuestos como el analizado en autos en que se cuestionan medidas de carácter transitorio adoptadas ante el incumplimiento del concesionario de una serie de obligaciones establecidas en la normativa vigente; y que el peligro en la demora aducido por la recurrente no ha sido debidamente demostrado, en lo que concierne a las malas condiciones en que sostiene se presta el servicio de manera transitoria por los integrantes de la Unidad de Gestión Operativa y el perjuicio que alega relativo al juicio que condenaría al Estado Nacional a indemnizar al ex concesionario por los daños y perjuicios sufridos por la rescisión ordenada por decreto 798/04 aparece meramente conjetural".

En relación a la arbitrariedad atribuida a la sentencia los magistrados sostienen que "corresponde también SU RECHAZO por cuanto estos supuestos no resultan susceptibles de consideración por la Sala, sin perjuicio de advertir que la resolución recurrida exhibe suficientes fundamentos fácticos y jurídicos que la habilitan como acto jurisdiccional válido".

A fojas 642/650 la Asociación de Protección de Consumidores de Transportes Públicos amplía y transforma la demanda oportunamente interpuesta, solicitando se declare la inconstitucionalidad del Decreto 798/04, o en su defecto, se le ordene al Poder Ejecutivo Nacional implementar un mecanismo de participación urgente que permita a los usuarios de la Línea General San Martín, conocer las decisiones que se adoptarán sobre el servicio.

Luego de ello, a fojas 664/67 el Estado Nacional acusa la caducidad de la instancia en estas actuaciones por cuanto considera que el estado de autos encuadra en las prescripciones del artículo 310 del Código Procesal.

El señor juez subrogante, Dr. Esteban Furnari, decreta la caducidad de la instancia (fojas 746/747) toda vez que "en el caso que nos ocupa la inactividad procesal de la parte actora acarreo la paralización total de la tramitación del juicio principal. Del simple cotejo de los autos surge que, desde la

interposición de la acción -v. fs. 1/13 vta. espec. Cargo del 21 de julio de 2004-, hasta el auto que ordena correr traslado de la demanda -v. fs. 655 del 1° de junio de 2006, transcurrieron varios años, circunstancia que evidencia la falta de actividad impulsoria necesaria por parte de la actora”.

“Situación esta, que por lo demás, tampoco resultó refutada por la accionante -v. fs. 737/741-, quien vierte una serie de consideraciones que no constituyen óbice para mantener la decisión señalada ut-supra. En tales condiciones, la actividad desplegada en el proceso se relacionó directamente con la tramitación de la medida cautelar, por lo que no resulta necesario analizar la idoneidad o inidoneidad de las mismas, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar que los tramites de mediadas cautelares no interrumpen el plazo de caducidad, como tampoco lo hace su cumplimiento (conf. E.M. Falcón “Caducidad o Perención de Instancia”, pag. 159, ed. Abeledo Perrot)”.

Sostiene el magistrado subrogante que “Tal principio encuentra su justificación en el hecho que no tienden a hacer progresar el proceso hacia la sentencia (conf. C.S.J.N., 7-7-77, L.L., Man. Jur. 1891; CNCiv., Sala A, 26-10-82, Sala C, 1-6-65, L.L., 120-944, sum. 12.086; Sala E, 7-11-68, L.L., 135-1166, sum: 21.311; Sala Fm 18-7-78, L.L., 1978-D-513; CNCom. A, 8-6-83, L.L. Man. Jur. 1896; Sala B, 15-4-82, L.L., 1982-C-459, entre muchos otros). Así, pues y aun si se tomara como punto de partida, la actuación inmediata anterior efectuada por la actora al acuse de caducidad, esto es el escrito presentado el 3-04-06, titulado “Transforma y Amplia Demanda. Ofrece Prueba. Solicita” -conf. fs. 642/49 vta.- Y desde entonces hasta el acuse de caducidad planteado el 30-10-06 -v. fs. 664/67 vta.- cabe concluir que ha transcurrido el plazo previsto por el inc. 2° del art. 310 del Código citado”.

Y

**CONSIDERANDO:**

Que en los presentes actuados se somete a consideración de este Consejo de la Magistratura el desempeño de la Dra. Claudia Rodríguez Vidal, titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 en los autos caratulados “Transportes Metropolitanos General San Martín SA c/E.N. Dto. 798/04 s/amparo” expediente principal e incidente de medida cautelar; y del Dr. Ernesto Marinelli, titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, en los autos caratulados “Asociación Protección Consumidores de Transportes Públicos c/P.E.N. Ministerio de Planificación-

Secretaría de Transporte- Decreto 798/04 y otro s/ Amparo Ley 16.986”.

Que ambos magistrados, casi simultáneamente, decretaban la suspensión de los efectos del Decreto N° 798/04 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la rescisión del contrato de concesión del servicio de transporte público ferroviario, motivado en graves y reiterados incumplimientos por parte de la concesionaria y en las denuncias recibidas por parte de los usuarios del servicio.

Que en este sentido, cabe reiterar que en los autos caratulados “Transportes Metropolitanos General San Martín SA - Inc. Med. c/EN. Dto. 479/94 y 1418/99 y otros s/amparo ley 16.986”, Expediente N° 18.160/2004 e Incidente de medida cautelar 21.658/2004, la Dra. Rodríguez Vidal decreta con fecha 30-06-04 la suspensión de los efectos del Decreto 798/04, sujeto a la realización de una audiencia por ella convocada.

Que asimismo, el Dr. Marinelli, desde su juzgado en los autos referidos decretaba, habilitación de ferias mediante, la suspensión de los efectos del Decreto 798/04 y de la Resolución 408/04 de la Secretaría de Transporte de la Nación.

Que llama poderosamente la atención que al mismo tiempo, desde dos juzgados cuyos titulares mantienen una íntima relación, ordenaran una medida tan grave y seria como la suspensión de los efectos de un acto administrativo del Poder Ejecutivo Nacional, que como luego se expondrá, no se trataba de una decisión administrativa más.

Que en este orden cabe resaltar que, si bien los legajos personales de ambos magistrados presentan deficiencias en cuanto a la información que los mismos deben contener y su actualización, sí se observa que los Dres. Rodríguez Vidal y Marinelli han coincidido en el goce de licencias. Por ejemplo en febrero de 2004, del 02 al 06 de agosto de 2004, del 08 al 12 de noviembre de 2004, el 09 de diciembre de 2005 ambos por motivos particulares. El Dr. Marinelli debió ser hospitalizado del 16 al 22 de marzo de 2006 mientras que la Dra. Rodríguez Vidal solicitó licencia por motivos particulares el día 17 de marzo de 2006 y se encargó de presentar los certificados médicos del magistrado para acreditar su dolencia y solicitar prórrogas de su licencia cuando fue necesario ( el 23-05-06, el 03-07-06), así como también informar a la Cámara Nacional de Apelaciones su intención de subrogar en el Juzgado del Dr. Marinelli. Al tomar vacaciones la Dra. Rodríguez Vidal del 26 de mayo al 15 de junio de 2006 presenta una nota el 19 de mayo de 2006 solicitando la reemplacen ante el Juzgado del Dr. Marinelli (agregada al legajo del Dr. Marinelli). Asimismo, ambos magistrados gozaron de

licencia por motivos particulares los días 9 y 10 de noviembre de 2006 y 29 y 30 de marzo de 2007.

Que del detalle precedente, surge palmario la estrecha relación y el grado de confianza existente entre los jueces investigados, lo que devela la existencia de al menos un cierto acuerdo, para lograr, desde dos lugares distintos, la suspensión de los efectos del acto que disponía la rescisión contractual con razonamientos artificiales, como seguidamente expondremos.

Que además de lo expuesto, esta situación de concierto entre los magistrados también se advierte, si se analizan al mismo tiempo ambos expedientes judiciales. No debe perderse de vista que, al entender la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, en el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional contra la suspensión de los efectos del Decreto 798/04 decretada por la Dra. Rodríguez Vidal, la Alzada resuelve decretar la nulidad de todo lo actuado y remite la causa a la oficina respectiva para la asignación de un nuevo tribunal de primera instancia.

Que en este sentido resulta sorteado el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, a cargo del Dr. Sergio Fernández, tribunal en el que también resultaran radicadas las actuaciones "Asociación Protección Consumidores de Transportes Públicos c/P.E.N. Ministerio de Planificación- Secretaría de Transporte- Decreto 798/04 y otros/ Amparo Ley 16.986", en las que actuara como juez de feria el Dr. Ernesto Marinelli (titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1).

Que de este modo, al continuar el trámite de ambas actuaciones ante un mismo tribunal se advierte las irregularidades cometidas, las que hoy son motivo de investigación por parte de este Honorable Cuerpo.

Que cabe puntualizar que, mediante el Decreto 798, de fecha 23-06-04 (BO del 25/6/04), se dispuso la rescisión del contrato de concesión de la explotación de los servicios ferroviarios de pasajeros, aprobado mediante el Decreto 479/1994, suscripto con la empresa Transportes Metropolitanos General San Martín Sociedad Anónima -Grupo de Servicios 5- en ejercicio del derecho conferido en el art. 19.2 inc. C) del contrato de concesión, sustituido por el art. 12 de la respectiva addenda (art. 1°).

Que asimismo estableció una serie de medidas de carácter transitorio, dirigidas a asegurar la continuidad del servicio, hasta tanto se entregue la posesión a la empresa que resulte adjudicataria de la línea ferroviaria en cuestión. En tal sentido instruyó a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte para que, con la debida intervención del ex

concesionario, realice un inventario detallado de los bienes integrantes de la concesión y establezca el estado de situación de los mismos, formalizando en consecuencia la toma de posesión respectiva.

Que también sujetó la liquidación final del contrato, a lo que en definitiva resulte del informe que produzca la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos creada por el Decreto 311/2003.

Que por otra parte, facultó a la Secretaria de Transporte a convocar a los concesionarios del servicio de transporte ferroviario urbano de pasajeros del Área Metropolitana de Buenos Aires: Metrovías Sociedad Anónima, Ferrovías Sociedad Anónima, Concesionaria y Trenes de Buenos Aires Sociedad Anónima, para conformar una Unidad de Gestión Operativa tendiente a la operación del servicio ferroviario, hasta tanto se entregue la posesión de dicho servicio a la empresa que resulte adjudicataria de la licitación que se llevaba a cabo para otorgar la concesión de la línea ferroviaria en cuestión, e instruyó al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Público y Servicios para que a través de la Secretaria de Transporte y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, y con la intervención de la Sindicatura General de la Nación y de la Procuración del Tesoro de la Nación, realicen una evaluación de la totalidad de las acciones y cuentas involucradas en el contrato de concesión, fin de determinar la eventual lesividad que padeció, en particular, el Estado Nacional y el público usuario en general, durante la ejecución del contrato de concesión, a los efectos de iniciar las acciones administrativas y legales que eventualmente correspondan (art. 5°).

#### CARGOS SOBRE LOS QUE DEBE RESPONDER LA DRA. RODRIGUEZ VIDAL

Que respecto del decreto de la jueza, Dra. Rodríguez Vidal, mediante el cual dispuso suspender los efectos de la rescisión contractual del servicio ferroviario, cabe señalar que no efectuó referencias pormenorizadas y concretas que pudieran indicar la verosimilitud del derecho invocado por la Empresa Concesionaria. El relato de los hechos por parte de la actora no basta por sí mismo para dar por acreditado el recaudo exigido por el art. 230 inc. 1 del CPCCN, cuando el Estado Nacional, de conformidad con el contrato de concesión suscripto, puede realizar en cualquier momento relevamientos de los bienes públicos concedidos y está obligado a resguardar la seguridad de los usuarios ferroviarios y garantizar que no se siga destruyendo el patrimonio estatal.

Que en el caso, suspender la rescisión significa lisa y llanamente que el peligro aumente para los usuarios del ferrocarril, que desaparezca el material tractivo, pero sí dejar a salvo los intereses patrimoniales de la Concesionaria.

Que el Estado Nacional tuvo en miras el restablecimiento de la normal prestación del servicio público, haciendo cesar los reiterados incumplimientos contractuales incurridos por la empresa (considerandos del decreto 798/04) y mediante el dictado de la cautelar se ve impedido de realizar las tareas necesarias y previstas en el contrato de concesión a los efectos del retiro del concesionario.

Que alterar el proceso rescisorio trae como consecuencia directa la postergación del ejercicio de una potestad de la Administración destinada a regularizar y garantizar una adecuada prestación del servicio de transporte público ferroviario.

Que en este orden no se acreditó el requisito exigido en el inciso 2 del art. 230 del CPCCN, puesto que dentro del marco cautelar el juez debe establecer la certeza de la existencia del temor de un daño jurídico, es decir, de la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización de un daño derivable de la no satisfacción del derecho. En este orden, no basta con verificar la existencia del peligro en la demora sino además la verificación de un alto grado de certeza en torno a la irreparabilidad del perjuicio que habría de seguirse en caso de no dictarse la providencia cautelar.

Que la magistrado dejó de lado lisa y llanamente este recaudo y lo único que tuvo en cuenta es el propio interés de la concesionaria.

Que el verdadero daño jurídico no se le produce a la actora sino al Estado Nacional que ve cercenada sus facultades constitucionales y legales, pero los que más lo sufren son los miles de usuarios que deben soportar las consecuencias de una medida cautelar dictada por la Dra. Rodríguez Vidal, con el único propósito de mantener a la actora en la explotación de un servicio público.

Que por otra parte la cautelar decretada afecta seriamente la prestación del servicio público de transporte ferroviario, por lo cual debieron extremarse los recaudos exigidos por la legislación vigente para la concesión de la medida solicitada por Transportes Metropolitanos General San Martín SA y la magistrado debió exponer las razones que la llevan a tomar dicha decisión, máxime cuando está en juego el obrar estatal que se presume legítimo y tiene fuerte incidencia en la comunidad.

Que llama poderosamente la atención que la medida cautelar dispuesta tiende a conservar el estado deficiente de la prestación del servicio ferroviario, deficiencias que se reflejan no solo en el transporte en si sino que alteran la tranquilidad pública y provoca daños físicos en los pasajeros. Que la jueza paso por alto la reiterada jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que indica que cuando la cuestión atañe de modo directo a la comunidad, o aparece comprometido el obrar estatal o la eficaz prestación de un servicio público, deben acentuarse los parámetros de ponderación para el dictado de cualquier medida cautelar y a los requisitos ordinarios exigidos por el art. 230 del CPCCN se le agrega el vicio notorio, el peligro irreparable y la consideración al interés publico. Todos ellos no fueron considerados por la Dra. Rodríguez Vidal.

Que esta decisión jurisdiccional tiene severas consecuencias patrimoniales para el Estado, quien debió continuar abonando a la empresa las compensaciones por costo de explotación informadas por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, suma que asciende a Doscientos dos millones seiscientos veintiocho con 19/100 ( \$ 202.000.628,19)

Que frente a la importancia y la incidencia que la decisión adoptada tiene para con la comunidad y el erario público, la jueza no exigió contracautela alguna a la parte actora en contra de lo dispuesto en el art. 199 del CPCCN. No adoptó ninguna medida de seguridad a los efectos de hacer frente a los eventuales perjuicios que la medida cautelar, trabada sin derecho, pudiera ocasionar.

Que la jueza ha incurrido en un exceso de jurisdicción, invadiendo la zona de reserva de la administración, al cercenar facultades privativas del Poder Ejecutivo Nacional. La eventual decisión de rescisión contractual es resorte exclusivo de la administración pública y así fue previsto contractualmente.

Que por otra parte, al conceder la apelación interpuesta por el Estado, la magistrado concedió el recurso conefecto devolutivo, insistiendo en el cumplimiento de la medida cautelar, cuando la ley que regula el trámite del amparo autoriza a conceder las mismas con efecto suspensivo y de ese modo evitar, mayores daños.

Que deviene necesario citar a la magistrada en los términos previstos en el artículo 20 del reglamento vigente a efectos de brindar explicaciones respecto de los cargos que sintéticamente se exponen y que se traducen en un palmario y grosero desvío de poder y/o desconocimiento del derecho:

- Conceder una medida cautelar contra el Decreto N° 798/04 sin cumplir con los requisitos exigidos por la ley aplicable. (sin verosimilitud del derecho, ni peligro en la demora, sin contracautela)
- Incurrir en parcialidad al hacer prevalecer el interés de la parte actora por encima del interés público comprometido (usuarios).
- Conceder el recurso de apelación con efecto devolutivo
- Impedir el ejercicio de facultades propias de la Administración Pública (de dirección y de control del contrato de concesión).
- Actuar en concierto con el Dr. Ernesto Marinelli con el propósito de hacer efectiva la suspensión de de la rescisión de la concesión del servicio ferroviario.

#### CARGOS SOBRE LOS QUE DEBE RESPONDER EL DR. MARINELLI

Que frente a la importancia de la medida adoptada por el Poder Ejecutivo Nacional, el Dr. Marinelli decide "decretar, cautelarmente, la suspensión de los efectos del decreto mencionado, hasta tanto se resuelva en este caso sobre la inconstitucionalidad alegada por el accionante o hasta la culminación del procedimiento de renegociación."

Que el juez fundamenta su decisión en la falta de participación de las asociaciones de usuarios tanto en la rescisión contractual como en la asignación provisional de la explotación en otros prestadores.

Que cabe resaltar que a los efectos de intervenir en los actuados en cuestión el magistrado debió habilitar la feria judicial de invierno, pese a que el señor Fiscal Federal se opuso a ello, en razón de no tratarse de una cuestión urgente.

Que se advierte un exceso en el ejercicio de la jurisdicción por parte del Dr. Marinelli al ordenar que el procedimiento de renegociación, debe ser llevado adelante con la debida participación de las asociaciones de usuarios. "Ello, habida cuenta que, en este último supuesto, de todos modos la resolución del conflicto queda en manos de la actual administración, pero con la participación y el control de los usuarios, quienes, en esa instancia, podrán ejercer debidamente sus derechos constitucionales."

Que en este orden de ideas, al ordenar el modo en que una revisión contractual debe ser realizada por el Poder Ejecutivo

implica en la práctica una invasión del Poder Judicial en la denominada zona de reserva de la Administración.

Que los criterios de evaluación técnica, respecto de los deberes cuyo cumplimiento debe garantizar el concesionario y las restantes condiciones en que se debe prestar el servicio, así como la eventual sustitución provisional del prestador, comportan el regular ejercicio de facultades discrecionales por parte del Poder Ejecutivo, y en tanto no aparezcan manifiestamente ilegítimas o arbitrarias no son susceptibles del control judicial.

Que tanto el Decreto 798/04 y la Resolución 408/04 no tienen por efecto renegociación alguna de contratos de concesión de servicios públicos, a lo que se añade que la asignación de un operador para sustituir al concesionario es meramente provisional, por lo que no parece exigible como recaudo de validez de dichos actos, el previo cumplimiento del mecanismo participativo previsto por el Decreto 311/03.

Que en consecuencia, el magistrado debe analizar cuidadosamente la legitimación de la accionante, toda vez que el artículo 43 de la Constitución Nacional exige a las asociaciones que propendan a la protección de los derechos de incidencia colectiva, estar registradas de acuerdo con la ley.

Que sin perjuicio que la actora no acreditó la inscripción prevista en los artículos 55 a 58 de la Ley 24.240, el magistrado le reconoce aptitud procesal para estar en juicio.

Que por otra parte llama la atención que una Asociación Civil como la actora, cuyo objeto sería la protección de los derechos de los usuarios del ferrocarril solicite se deje sin efecto la rescisión de la concesión ante incumplimientos verificados de la concesionaria que provocaron, por cierto, serios inconvenientes y afectaron la seguridad de los propios usuarios y público en general.

Que no se advierte cual es el perjuicio concreto y particular que la rescisión contractual provocaría a los usuarios, lo que conlleva a la inexistencia de la acción intentada, toda vez que se ordena conformar una Unidad de Gestión Operativa tendiente a la operación del servicio ferroviario, hasta tanto se entregue la posesión de dicho servicio a la empresa que resulte adjudicataria de la licitación que se lleve a cabo para otorgar la concesión de la línea ferroviaria en cuestión.

Que la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y de usuarios, en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional encuentra su medida en la protección de sus intereses, vinculados a la extensión, accesibilidad y calidad del servicio público. Sin embargo esta protección

no incluye que los usuarios participen de la renegociación de las condiciones de la concesión. Durante este proceso la Autoridad de Aplicación y los Órganos de Control conservan sus atribuciones y competencias.

Que es preciso recalcar que el Poder Ejecutivo Nacional, como titular del contrato de concesión, tiene las facultades de dirección y control del mismo, y por consiguiente la posibilidad de aplicar sanciones que lleven incluso a la rescisión. Dicha facultad es privativa y sólo sujeta al control de los organismos de fiscalización.

Que la inacción o dilación del Estado Concedente en el ejercicio de sus prerrogativas exorbitantes, tendientes al ejercicio del interés público, habría puesto en peligro a los mismos usuarios, por la prestación irregular del servicio del que da cuenta el Decreto 798/04.

Que en torno a ello no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocada por la actora para la concesión de la medida cautelar peticionada, ni tampoco el peligro en la demora. Que el verdadero daño jurídico no se provoca a la actora sino al Estado Nacional, que mediante la concesión del remedio intentado ve cercenada sus facultades constitucionales y también la de miles de usuarios que deben soportar las consecuencias de una medida cautelar que mantiene a la actora en la explotación de un servicio público con groseras deficiencias y riesgos severos para la integridad de los usuarios.

Que el magistrado no tuvo en cuenta el interés público comprometido al dictar la cautelar en cuestión que significa, en la práctica, conservar las condiciones de prestación del servicio ferroviario brindado en la Línea General San Martín, por Transportes Metropolitanos General San Martín SA, en forma absolutamente deficitaria, con sólo el 20% del material tractivo entregado en concesión.

Que al mismo tiempo, la decisión del Dr. Marinelli provocó que el Estado Nacional debiera continuar abonando a la empresa concesionaria las sumas en concepto de compensación por costos de explotación, suma que asciende a \$ 202.000.628,19.

Que frente a la magnitud de la medida ordenada por el DR. Marinelli, no exigió ninguna contracautela a los efectos de responder frente a los daños que una decisión trabada sin derecho pudiera ocasionar.

Que deviene necesario citar al magistrado en los términos previstos en el artículo 20 del reglamento vigente a efectos de brindar explicaciones respecto de los cargos que sintéticamente se exponen y que se traducen en un palmario y grosero desvío de poder y/o desconocimiento del derecho:

- Conceder una medida cautelar contra el Decreto N° 798/04 sin cumplir con los requisitos exigidos por la ley aplicable. (sin verosimilitud del derecho, ni peligro en la demora, sin contracautela)
- No verificó la legitimación de la accionante ni su perjuicio concreto.
- Confundir las facultades de dirección y control del contrato de concesión que pertenecen al Estado Nacional con un trámite de renegociación contractual.
- Incurrir en parcialidad al hacer prevalecer el interés de la empresa concesionaria por encima del interés público comprometido (usuarios).
- Impedir el ejercicio de facultades propias de la Administración Pública (de dirección y de control del contrato de concesión).
- Actuar en concierto con la Dra. Claudia Rodríguez Vidal con el propósito de hacer efectiva la suspensión de de la rescisión de la concesión del servicio ferroviario.

Que llegados a esta instancia corresponde señalar que las acciones configurativas mal desempeño pueden ser generales, evidenciar un patrón de conducta o constituir un solo acto que por su importancia afecte severamente el interés público en que los jueces sean respetados y se confíe en ellos.

Que el mal desempeño ha sido definido por Joaquin V. Gonzalez en los siguientes términos: *"Pueden los actos de un funcionario no ajustarse al vocabulario de las leyes penales vigentes, no ser delitos o crímenes calificados por la ley común, pero si constituir mal desempeño, porque perjudiquen al servicio público, deshonren al país o la investidura pública, impidan el ejercicio de los derechos o garantías de la constitución y entonces son del resorte del juicio político"* (conf. Cita de Enrique Hidalgo, "Controles Constitucionales sobre Funcionarios y Magistrados", Editorial Depalma, Bs. As. 1997, pág. 117).

Que en esta línea de análisis Montes de Oca ha definido al mal desempeño del siguiente modo *"el mal desempeño de las funciones no resulta de un solo hecho, no resulta de un solo expediente, no es la consecuencia fatal de un acto único que se denuncia, que se especifica, y que se prueba. El mal desempeño de las funciones deriva de un conjunto de circunstancias, de un conjunto de detalles, de antecedentes, de hechos que rodean*

*al funcionario y forman la conciencia plena.” (conf. Enrique Hidalgo, Ob. Cit., pag. 118).*

Que esta es la perspectiva más conveniente a fin de que el instituto del juicio político cumpla adecuadamente su objetivo, que no es el de sancionar al magistrado, sino de determinar si ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de una función de tan alta responsabilidad, como es la de dar a cada uno lo suyo.

Que en conclusión y, toda vez que se han sustanciado las medidas probatorias ordenadas por la Comisión, considero que la actuación de la Dra. Claudia Rodríguez Vidal y del Dr. Ernesto Marinelli constituye, al menos provisionalmente, causal de mal desempeño en los términos previstos en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Que por tal motivo propongo se cite a los magistrados mencionados a la audiencia que se fije por ante la Comisión de Disciplina y Acusación en los términos del art. 20 del Reglamento vigente, a efectos de brindar las explicaciones respecto de los cargos formulados.

Por ello,

**PROPONGO:**

**ARTÍCULO 1:** Citar a los titulares del Juzgado Nacional de Primera Instancia en los Contencioso Administrativo Federal N° 1 y 3 de Capital Federal, Dr. Ernesto Marinelli y Dra. Claudia Rodríguez Vidal, en los términos del artículo 20 del Reglamento de la Comisión de Disciplina y Acusación, a la audiencia a celebrarse con fecha .....en la Sala de Reuniones del Plenario, sita en calle Libertad N° 731 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**ARTÍCULO 2:** De forma.

**Dr. Carlos Miguel Kunkel**  
**Consejero**