



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA

FERNANDEZ, GUSTAVO DAMIAN CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE INCIDENTE DE APELACION - AMPARO -
USUARIOS Y CONSUMIDORES

Número: INC 769846/2016-86

CUIJ: INC J-01-00074603-3/2016-86

Actuación Nro: 12844668/2019

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de marzo de 2019.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que, conforme surge de fs. 176/178 vta. del presente incidente, el *a quo* dispuso: “1) **Declarar incumplida la medida cautelar resuelta por la Cámara de Apelaciones en lo que respecta al ‘regular funcionamiento de los ascensores y escaleras mecánicas’.** 2) **Disponer que todo usuario de la red de transporte subterráneo que al ingresar o egresar de una estación observe que alguna de las instalaciones mecánicas (escaleras mecánicas, ascensores y/o salvaescaleras) se encuentre en ese momento fuera de funcionamiento, se encontrará exento de abonar la tarifa correspondiente al servicio regular. En consecuencia, en el supuesto de verificarse tal situación, Metrovías SA deberá arbitrar las medidas necesarias para que en la estación que se trate no se cobre a los usuarios al ingresar la tarifa correspondiente al servicio regular, mientras persista el desperfecto. En el supuesto de que el usuario lo verificare al egreso, podrá acercarse a la boletería que se encuentre en la estación de que se trate y el personal de Metrovías SA deberá arbitrar los medios necesarios para reintegrar el importe en la tarjeta SUBE que el usuario abonó oportunamente por su viaje.** 3) **Ordenar a Metrovías SA y SBASE difundir lo aquí resuelto, para lo cual deberán fijar en cada boletería de toda la red el aviso que se confeccionará por Secretaría, tanto en su formato, contenido y tamaño.** 4) **Ordenar a Metrovías SA y SBASE que publiquen el mismo aviso por el plazo de tres (3) días en un cuarto de página impar, a partir del 18/02/2019, en los diarios Clarín, La Nación y Página 12, tanto en formato papel como en sus versiones on line, bajo apercibimiento de embargo y de ejecución forzada.** 5) **Designar tres (3) veedores a fin de controlar el cumplimiento de lo aquí resuelto.** 6) **Confecciónese por Secretaría el aviso en cuestión. Notifíquese a todas las partes presentadas en autos, mediante oficios a confeccionarse y diligenciarse por Secretaría, con carácter urgente y con habilitación de días y horas inhábiles, con copia íntegra de la presente, de fs. 172/175 y del aviso mencionado. Particularmente al coactor Fernández mediante cédula” (el destacado corresponde al original).**

1.1. Que tal medida, según el magistrado interviniente, fue adoptada con motivo del control del cumplimiento de lo resuelto por esta sala de la Cámara de Apelaciones del fuero en ocasión de resolver el recurso de apelación planteado contra la medida cautelar dispuesta por el juzgado de trámite a fs. 678/698 vta. de los autos principales (05/03/18), tratado en el marco del INC 769846/2016-2.

Es más, conforme lo manifiesta el propio magistrado de grado, “... a fin de verificar el cumplimiento de [un] punto en particular [de dicha resolución de Cámara] se dio formación al (...) incidente, 769846/2016-8...” (v. fs. 176), en el que, a su vez, se formó el presente incidente de apelación.

El punto al que refiere consistía en que “... Metrovías S.A. (...) acredite, en el plazo de diez (10) días, ante el juez de grado el regular funcionamiento de los ascensores y escaleras mecánicas...” (v. fs. 176 de este incidente y punto 2 de la parte dispositiva de la resolución de Cámara aludida de fecha 13/08/2018).

1.2. Los fundamentos de la decisión recurrida fueron los siguientes:

(i) “Pareciera que pese a haber transcurrido más de dos años del inicio de la causa, las decisiones jurisdiccionales, las sanciones conminatorias, las necesidades de los usuarios, y las obligaciones contractualmente asumidas por el operador del servicio de transporte, Metrovías SA resultaría desinteresada en asegurar un eficaz funcionamiento de los ascensores y de las escaleras mecánicas instaladas en las estaciones de subterráneo” (v. fs. 176 vta., el destacado no pertenece al original).

(ii) “[R]esulta necesario recordar que lo que aquí se busca no es satisfacer un capricho jurisdiccional, sino la efectiva utilización del servicio de transporte subterráneo por parte de los usuarios, actuales y eventuales, particularmente por parte de aquéllos que padecen o podrían padecer discapacidades motrices o movilidad reducida” (v. fs. 177, el destacado y subrayado no corresponden al original).

(iii) “[E]s que lo que aquí se trata, más allá del necesario cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que enmarcan la situación, no es otra cosa que posibilitar el desplazamiento físico de las personas, de manera tal que puedan acceder de un punto a otro sin toparse con obstáculos que lo impidan. Aunque así postulado pueda percibirse como algo simple y hasta natural, principalmente para aquellas personas que vean mermada su capacidad motriz implica la real posibilidad de trasladarse a las distintas locaciones a las que pretendan acceder, para lo cual dadas las distancias metropolitanas deberán hacer uso de los distintos medios de transporte ofrecidos” (v. fs. 177, el destacado y subrayado no son del original).

(iv) “[L]a accesibilidad debe orientarse siempre a su universalidad, con especial ahínco en el esfuerzo que implique aventar escollos en la circulación de aquellas personas que por una merma en su capacidad motriz vean afectada su autovalidación” (v. fs. 177 vta., el destacado y subrayado no corresponden al original).

(v) “[N]o obstante lo que se resuelva en los incidentes relativos a cada estación, se establecerán medidas que tiendan a equilibrar lo que debiera recibir el usuario por el servicio que abona y lo que realmente experimenta” (v. fs. 177 vta., el destacado y subrayado no pertenecen al original).

(vi) “De este modo, se establecerá que todo usuario que quiera hacer uso de alguna de las instalaciones mecánicas de accesibilidad al transporte subterráneo y éstas se encuentren fuera de operatividad, ya sea en el ingreso o en el egreso, se encontrarán exentas de abonar la tarifa fijada para un servicio regular” (v. fs. 177 vta., el destacado y subrayado no pertenecen al original).

(vii) “Va de suyo que tal operatoria alcanzará a todo usuario sin distingo en sus capacidades motrices. Pues por un lado si bien puede considerarse que los medios mecánicos de accesibilidad son de uso prioritario de aquéllos mermados en su desplazamiento, no es exclusivo. A su vez, como ya se ha indicado al razonar sobre el colectivo involucrado, dado los derechos vulnerados resulta

imposible señalar en nómina a los beneficiarios por una simple razón: son o pueden ser todos los ciudadanos. Así podrá pensarse en personas que se vean afectadas por una enfermedad permanente o transitoria, ancianas y ancianos, personas que se trasladen con niños, sujetos con lesiones temporáneas, etc.” (v. fs. 177 vta., el destacado y subrayado no corresponden al original).

2. Que, a fs. 222/227 vta., 231/238 vta., 240/258 vta. y 260/267 vta. el Ministerio Público Fiscal, el GCBA, SBASE y Metrovías SA, respectivamente, plantearon y fundaron sendos recursos de apelación contra dicha resolución.

2.1. Ministerio Público Fiscal.

Sus agravios consisten en que: a) en atención a que la medida dictada se trata de una autosatisfactiva, se dispusiera efecto suspensivo al recurso de apelación incoado; b) ***“la medida dispuesta no garantiza los derechos del colectivo actor. [Es] que de no funcionar las instalaciones mecánicas las personas que padecen discapacidades motrices o movilidad reducida difícilmente podrán acceder a la red de subterráneos, sea este último prestado de forma gratuita u onerosa”*** (v. fs. 225). En consecuencia, ***“... la medida dispuesta no favorece al colectivo actor y por tal motivo luce incongruente e irrazonable”*** (v. fs. 225 vta.). ***“En tales condiciones, corresponde que se deje sin efecto la resolución recurrida y se adopte una medida acorde con la problemática en cuestión”*** (v. fs. 226, lo destacado es del original); c) ***“[L]a resolución (...) que se recurre impone una sanción patrimonial punitiva que escapa a las pautas legales previstas en el ordenamiento procesal del fuero contencioso local, y por ende, avasalla el principio constitucional de legalidad...”*** (v. fs. 226). ***“[L]a normativa local no le otorga al Juez facultad de crear sanciones fuera de la ley, como sucedió en el caso de marras”*** (v. fs. 226 vta., lo destacado pertenece al original); y, d) ***“[L]a resolución recurrida omite considerar el dictado de una normativa específica en la materia (la citada ley 6132)...”*** (v. fs. 227, el destacado es del original). ***“En definitiva, el juez de grado dictó una resolución judicial omitiendo considerar la normativa vigente como así tampoco otorgó a las partes la posibilidad de manifestarse a su respecto, todo lo cual implica una afectación del derecho de defensa de aquellas...”*** (v. fs. 227).

2.2. GCBA.

Se agravió por cuanto: a) en virtud del tenor y naturaleza de la medida adoptada, el recurso de apelación debía concederse con efecto suspensivo; b) ***“... en la especie el señor Juez de grado dispone una medida de semejante magnitud sin haber oído previamente a la parte demandada. Concretamente ha prejuzgado, ha dictado sentencia. Ha agotado el objeto de la demanda con la resolución en crisis. Es más, ha subvertido su rol de magistrado por el de legislador, ha fijado una tarifa de un servicio público sin la correspondiente audiencia, ha dictado una resolución sin ningún tipo de fundamento fáctico ni jurídico”*** (v. fs. 233, el destacado pertenece al original); c) ***“... la resolución dictada el 11 de febrero de 2019 es claramente repugnante del sistema republicano de gobierno que rige nuestro país. El Sr. Juez***

dispone –sin ningún tipo de fundamento– la gratuidad del subte, es decir, una medida de cumplimiento materialmente imposible” (v. fs. 235 vta.); d) “... se ha dictado una medida, a manera de sanción, de efectos irreversibles. Lo decidido se encuadra dentro de las denominadas medidas o sentencias autosatisfactivas. (...). Ha existido una violación al derecho de defensa del GCBA, lo que torna nula la decisión adoptada. Ciertamente, no se le corrió traslado a [su] representada de los resultados del último relevamiento, de fecha 7 de febrero, ni se la escuch[ó], es decir, se violó su derecho de defensa” (v. fs. 235 vta.); y, e) “... la medida dictada resulta incompatible e incongruente con el objeto inmediato y mediato de la pretensión amparista, y (...) toda decisión que se adoptase en ese sentido tendría el estigma de la arbitrariedad. El Sr. Magistrado se basa en una medida de prueba –producida unilateralmente– para dictar semejante resolución” (v. fs. 235 vta./236, el destacado y subrayado son del original).

2.3 SBASE.

Cuestionó que: a) la medida “... **recae principalmente sobre todos los usuarios del subte, PERO NO AMPARA AL COLECTIVO** objeto de esta causa, porque si la persona con movilidad reducida no puede acceder porque hay mecanismos que no funcionan o faltan construir; tampoco lo podrá hacer aún en el caso de no pagar el correspondiente boleto. Si no accede no accede, independientemente de que pague o no” (v. fs. 240 vta., el destacado es del original); b) “[l]a falta de identidad entre lo peticionado y lo resuelto es palmaria y manifiesta, ello convierte entonces en incongruente la resolución” (v. fs. 242); c) “... es evidente que la resolución dictada también adolece de graves deficiencias relativas a las consecuencias económicas y operativas de la decisión adoptada en la cautelar (...). Concretamente, se advierte una grave colisión del decisorio con las normas contractuales, con consecuencias económicas que el Juez no resuelve en su sentencia y cuyo silencio generará, indudablemente, reclamos gravosos entre las partes y, finalmente, trasladable a los usuarios y a los ciudadanos, siempre víctimas de la falta de previsión” (v. fs. 243); d) “NO existe un subte en el planeta que todo el tiempo (...) los mecanismos de elevación estén al 100% de efectividad. En efecto, al decidir que si durante un rato una escalera no anda, aunque sea por una hora, no importando la razón de su impedimento, que todos los pasajeros tienen derecho a no pagar la tarifa, es evidente que desde cualquier manera que se analice esa decisión, siempre concluiremos en que estamos ante una sentencia irrazonable y arbitraria...” (v. fs. 244); e) “... en relación al aspecto licitatorio, es evidente que un decisorio como el de autos cambia significativamente el componente económico y, lo que es más grave, genera inseguridad jurídica para empresas extranjeras que –atentas en este momento a las inclemencias relativas al subte– advertirán que no existe estabilidad, certeza, menos aún seguridad jurídica en Argentina, que los presupuestos normativos sobre los cuales se desarrolla el servicio público varían constantemente, que no pueden confiar en una planificación de base porque no pueden conocer de antemano cuáles serán sus costos operativos” (v. fs. 244); f) “... si bien el Juez puede, en última instancia, dictar una medida cautelar distinta a la peticionada, no puede y tampoco es necesario a tal fin, modificar las cláusulas del AOM [Acuerdo de Operación y Mantenimiento entre SBASE y Metrovías] ni imponer medidas técnicas cuya implementación debe ser decidida por equipos técnicos especializados” (v. fs. 245); g) “... no sólo esta infundada y arbitraria decisión abre un rango del 100% de efectividad de los mecanismos, algo imposible en cualquier subterráneo del mundo, sino que tampoco DISCRIMINA por qu[é] razón un mecanismo esta sin funcionar en determinado momento” (v. fs. 252/252 vta.); h) “... la medida

recurrida **sólo crea un nuevo problema**, grave, la **DESFINANCIACIÓN del servicio [de] subte**, con **ENORME** repercusión y **PERJUICIO** sobre el usuario y el **ERARIO PÚBLICO**” (v. fs. 254, el destacado y subrayado son del original); i) “... quienes pagarían este grave desfase económico, serían **TODOS** los ciudadanos de la ciudad de Buenos Aires mediante sus impuestos, que subsidiarían a otros conciudadanos de nuestra ciudad que si viajan en subte, y también, los vecinos de la ciudad estarían subsidiando a los vecinos de la provincia de Buenos Aires que vienen todos los días a trabajar a la capital” (v. fs. 255); j) “... el Sr. Juez a quo ha decidido en autos que la medida cautelar de autos fue incumplida y por tal razón, decide en forma insólita aplicar una nueva cautelar incurriendo en exceso de jurisdicción” (v. fs. 255 vta.); k) para llegar a la conclusión de que se encontraba incumplida la medida cautelar “... efectúa una serie de procedimientos preparatorios, sin previa citación de las partes, ni previo control de los litigantes, obviando asesoramiento técnico...” (v. fs. 256); y, l) atendiendo la gravedad institucional que ocasiona la medida apelada, se conceda el recurso de apelación con efecto suspensivo.

2.4. Metrovías SA.

Sus agravios se ciñen a que: a) existe una cuestión de prejudicialidad provocada por las decisiones del propio juez de grado. Es que, simultáneamente, asumió decisiones distintas a partir de un mismo relevamiento, el efectuado con fecha 07/02/2019. En consecuencia, “... mal puede pretenderse que lo resuelto en el presente INC 769846/2016-8, pueda tener fuerza ejecutoria cuando precisamente el relevamiento que le diera origen está sujeto a la evaluación del propio Tribunal, ello así por cuanto si luego de examinados los descargos realizados por METROVIAS se llegara a la conclusión [de] que los mismos resultan procedentes, la resolución recurrida quedará vacía de contenido fáctico y jurídico” (v. fs. 261 vta./262); b) El a quo interpreta que el funcionamiento de las escaleras mecánicas y ascensores debiera ser con una efectividad del 100%. Ahora bien, “... tal línea de interpretación desconoce las previsiones contractuales contenidas en la AOM, en efecto cuando el tribunal de Grado, lleva adelante los relevamientos que luego dan lugar al dictado de la resolución, hace caso omiso a dicha previsión contractual...” (v. fs. 262 vta.); c) lo dispuesto “... viola de manera ostensible el principio de congruencia, ya que como V.E. podrá advertir en el presente amparo colectivo, el objeto mediato de la pretensión de los actores que conforman el colectivo en cuestión, se circunscribe a los integrantes del mismo y no a todos los pasajeros” (v. fs. 263 vta., lo destacado y subrayado pertenecen al original). “Así las cosas al eludir en la medida cautelar recurrida, a todos los pasajeros o usuarios, independientemente [de] que no formen parte del colectivo motivo de amparo, se aparta del objeto procesal (y cómo quedó trabada la litis), lo que reiteramos está acotado, subjetivamente, por aquellas personas que padecen de alguna discapacidad, y objetivamente, por el hecho [de] que debe estar relacionado con la accesibilidad al Subte” (v. fs. 264 vta.); d) “[e]s inadmisibile aceptar en un estado de Derecho que las personas, en este caso los pasajeros, puedan ser jueces de ellos mismos, y vías de hecho mediante, resuelvan a su criterio cuando no pagar el pasaje

porque una escalera o un ascensor se encuentre detenido, cualquiera sea la causa o motivo que hubiese provocado la detención del mismo, pero lo más grave es que, quién los pretende investir de tal potestad es un Tribunal a través de una resolución cautelar que nada tiene que ver con el objeto procesal del amparo en curso. La ilegitimidad de la Resolución recurrida tiene una gravedad social e institucional de magnitud, y (...) puede derivar en situaciones de conflictividad social totalmente innecesarias...” (v. fs. 266, el destacado es del original); e) por las razones invocadas, la resolución recurrida es nula (conf. art. 229 CCAyT); y, f) se otorgue efecto suspensivo al recurso planteado.

2.5. Los fundamentos de los recursos de apelación aludidos no fueron contestados por la contraria.

2.6. A fs. 268/268 vta. del presente incidente surge el rechazo de las peticiones de los recurrentes en torno a que los recursos de apelación incoados fueran concedidos con efecto suspensivo, lo cual motivó el planteo de sendas quejas, en trámite ante este tribunal.

3. Que, a fs. 293/294, se expidió el Ministerio Público Fiscal ante la Cámara, sosteniendo el recurso de apelación planteado por el Sr. fiscal de primera instancia y pronunciándose sobre el resto de los recursos interpuestos, a cuyos argumentos se remite en mérito a la brevedad.

4. Que, así planteada la cuestión, cabe recordar que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por finalidad garantizar los efectos del proceso “... incluso aquellas de contenido positivo (...) aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida” (art. 177, CCAyT). En estos términos, es propio de las medidas positivas constituir un anticipo de jurisdicción que, por sus alcances, la Corte Suprema ha calificado, en forma invariable, como decisiones de procedencia excepcional (Fallos: 331:466, entre otros).

En cuanto a los requisitos para su concesión, en el artículo 14 de la Ley 2145 se exige que el derecho alegado resulte verosímil, así como que exista peligro en la demora. A ello, en la norma señalada se añade la ponderación del interés público comprometido y la contracautela.

En lo que respecta al primer recaudo, esto es, la verosimilitud en el derecho, ha dicho reiteradamente el Alto Tribunal que su configuración no exige un examen de certeza del derecho invocado sino tan sólo de su apariencia (Fallos: 330:5226). Ello, sin perjuicio de que, a tenor del tipo de medida, se impone, como se dijo, una apreciación estricta de tal recaudo.

Con relación al peligro en la demora, el examen de su concurrencia requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida y debe prestarse singular atención a las secuelas que el transcurso del tiempo que insume la prolongación del proceso acarree en los derechos esenciales alegados por la parte (doct. Fallos: 320:1623). Estos aspectos deben ponderarse sobre bases concretas con la proyección que el reconocimiento cautelar tiene en el interés colectivo.

5. Que la sola circunstancia de que el *a quo* hubiera adoptado una medida que, desde cualquier perspectiva, dista de resguardar cautelarmente los derechos del colectivo cuyos derechos tienden a protegerse en estos actuados, lleva a revocar sin más la resolución recurrida.

Basta para concluir en ello una primera lectura de las actuaciones producidas en este proceso colectivo, cuyo trámite, por cierto, presenta avatares procesales que, en principio, resultan discordantes con una dirección ordenada y proclive a obtener una sentencia definitiva en plazo razonable, sobre todo tomando en cuenta que se trata de una acción de amparo, aspecto que, eventualmente, será materia de análisis al tiempo de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Resulta claro que la “... *presente acción [fue] iniciada como acción colectiva, [y que] involucra cuestiones comunes al colectivo que agrupa personas con discapacidad motriz en relación a su accesibilidad a los espacios de uso del transporte público de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires...*” (v. fs. 44 del expte. principal, cuyas copias certificadas se tienen a la vista -el destacado no es del original-).

El fragmento citado corresponde a la primera providencia dictada por el magistrado que adoptó la medida ahora recurrida. Dicha aclaración tiene sentido a poco que se repara en que, en el trámite de estos actuados (que lleva más de dos años), por distintas razones, intervinieron más de cinco jueces.

En suma, más allá de las vicisitudes y mutaciones de índole procesal que habría tenido el proceso, lo cierto es que no hay elemento de convicción alguno que indique que el objeto litigioso pudo haber virado a punto tal que, luego de transcurrido más de dieciocho meses de trámite, ahora el colectivo afectado fuera todo usuario del servicio público de pasajeros subterráneo de la CABA. Las partes coinciden con tal aseveración. No obstante, de cualquier forma y más allá de las particularidades que trae consigo un trámite colectivo de un proceso, el principio de congruencia debe primar ante todo, a punto tal que su afectación es pasible de declaración de nulidad (conf. art. 27, inc. 4 CCAyT).

6. Que, por otro lado, tampoco puede soslayarse el hecho de que la medida recurrida no tiende a resolver el problema que tiene el colectivo afectado, sino a favorecer a otro colectivo que no fue llamado a intervenir en estos actuados, y que, por tanto, tampoco podrá ser beneficiado por la sentencia definitiva que se pronuncie en este proceso. En síntesis, no se presenta el requisito de instrumentalidad propio de las medidas cautelares, ni objetiva ni subjetivamente, en tanto la medida apelada no tiende a asegurar el cumplimiento de la sentencia de mérito. Ello en tanto sus efectos sólo podrían alcanzar al colectivo afectado; esto es: discapacitados motrices actuales o potenciales que pretendan hacer uso del servicio público de pasajeros subterráneo de la CABA.

7. Que, un último aspecto que no puede obviarse es que el magistrado de grado se apartó del *iter* procesal que había sido construido desde el inicio del trámite del proceso.

Nótese que, una vez retomada por el *a quo* la dirección del proceso (v. fs. 570/571 vta. de las actuaciones principales), dictó una medida cautelar ordenando “... *a Metrovías SA implementar un sistema ‘Tótem de asistencia’ con las directrices*

estipuladas en el punto V.4.7 y V.4.8...” de la resolución dictada el 05/03/2018 (v. fs. 678/698 vta. de los autos principales, el destacado el del original). Ahora bien, dicha resolución fue modificada por esta sala (v. fs. 1/8 vta.), y, al cabo, fue a partir del incumplimiento de esa decisión de la Cámara que tal magistrado asumió el criterio de determinar la gratuidad del servicio para *todo usuario*, independientemente de su condición de discapacitado motriz, alterando el objeto de la litis y, claro es, la garantía del debido proceso adjetivo y consecuente derecho de defensa de las partes.

El *a quo* fue explícito al respecto. Repárese en que en el considerando 2° de la resolución apelada expone que concentra su actuación en controlar que, conforme lo decidido por la Cámara, “... *‘Metrovías SA [...] acredite en el plazo de diez (10) días, ante el juez de grado el regular funcionamiento de los ascensores y escaleras mecánicas’...*” (v. fs. 176). Tanto fue así que decidió formar un incidente para tal fin (INC 769846/2016-8), lo cual también puso de manifiesto en la misma resolución.

En el marco descripto, el Sr. juez de trámite habría optado por imponer dos sanciones de naturaleza distinta frente a un mismo incumplimiento, lo cual quedaría de manifiesto a través de las decisiones adoptadas con fecha 01/10/2018 y 11/09/2019 (v. fs. 22/25 y 176/178 vta., respectivamente, del INC 769846/2016-8, cuyas copias en este acto se tienen a la vista); la última es la resolución apelada y con tratamiento en esta oportunidad por este tribunal.

Adviértase que, en la primera, decidió “... *adoptar las medidas necesarias para asegurar el efectivo cumplimiento de la medida cautelar dictada en autos, con el alcance definido por la Alzada en la resolución obrante a fs. 786/793 del incidente de apelación de medida cautelar (expte. 769846/2016-2), de conformidad con lo previsto en el art. 30 del CCAyT. 3. Frente a la situación descripta, la sanción conminatoria a aplicar a la empresa Metrovías S.A. como consecuencia del incumplimiento de la orden de acreditar ‘en el plazo de diez (10) días ante el Juzgado de grado el regular funcionamiento de los ascensores y escaleras mecánicas’ existentes, deberá tener una magnitud acorde con la entidad y gravedad de dicho incumplimiento. Así, habrá de meri[tarse], el tiempo transcurrido desde el inicio de la presente acción de amparo y desde la notificación de las resoluciones cautelares, que fuera referido en el apartado precedente*” (v. fs. 23/23vta. del INC 769846/2016-8).

Mientras que, en la segunda, refiere que, “... *pese a haber transcurrido más de dos años del inicio de la causa, las decisiones jurisdiccionales, las sanciones conminatorias, las necesidades de los usuarios, y las obligaciones contractualmente asumidas por el operador del servicio de transporte, Metrovías SA resultaría desinteresada en asegurar un eficaz funcionamiento de los ascensores y de las escaleras mecánicas instaladas en las estaciones de subterráneo*” (v. fs. 176 vta.). Ello, para luego concluir en que, “... *no obstante lo que se resuelva en los incidentes relativos a cada estación [ordenados a fs. 56/57 INC 769846/2016-8], se establecerán medidas que tiendan a equilibrar lo que debiera recibir el usuario por el servicio que abona y lo que realmente experimenta. De este modo, se establecerá que todo usuario que quiera hacer uso de alguna de las instalaciones mecánicas de accesibilidad al transporte subterráneo y éstas se encuentren fuera de operatividad, ya sea en el ingreso o en el egreso, se encontrarán exentas de abonar la tarifa fijada para un servicio regular*” (v. fs. 177 vta.).

Pues bien, de los pasajes transcriptos surge claro que no sólo se vulneró el principio de congruencia en lo pertinente al colectivo afectado, con las consecuencias que ello trajo aparejadas (se remite a lo expuesto en el considerando 6), sino que, sin

sustento en actuaciones previas producidas en el proceso en torno a las medidas instrumentales dictadas, el *a quo* asumió una decisión, simultánea a la de astreintes, contra un mismo sujeto (Metrovías SA), que en nada se vincula con el objeto litigioso. En tales condiciones, cabe revocar la resolución apelada.

8. Que, empero, habida cuenta de que la medida fue adoptada en el marco de ejecución de la cautelar dictada por esta sala con fecha 13/08/2018, y, particularmente, como se dijo, en función de la verificación del cumplimiento del punto 2° a) de su parte dispositiva, cabe expedirse acerca del estado actual de situación. Ello, sumado a los intereses en juego, impone asumir la decisión que al asunto corresponda (conf. arg. art. 184 CCAyT).

Así, el punto a considerar es si Metrovías SA, en el plazo de diez (10) días de notificado el pronunciamiento de esta sala de fecha 13/08/2018, acreditó ante el juez de grado el “... *regular funcionamiento de los ascensores y escaleras mecánicas*” (v. fs. 8 vta.).

Aún si por vía de hipótesis, y más allá del estándar que, eventualmente, se estime en la sentencia definitiva, se tomara como pauta la consignada por Metrovías en su expresión de agravios (esto es, para escaleras mecánicas un índice de funcionamiento del 96% y para ascensores del 85% –conf. AOM–, v. fs. 262/263), tal estado de cosas no surgiría acreditado en los presentes actuados.

Es decir, no obstante las objeciones de tipo procedimental y técnicas, entre otras, en relación con los relevamientos efectuados por el magistrado de grado respecto del estado de las escaleras mecánicas y ascensores de las estaciones del SUBTE (v. fs. 172/175), *prima facie* no se advierte que se hubiera cumplido con lo dispuesto por la Cámara en cuanto al punto señalado precedentemente.

En ese contexto, y tomando en cuenta que hay aspectos planteados en los recursos de apelación que exceden el marco de conocimiento que permite una instancia cautelar, siendo propia su evaluación en la sentencia de mérito, sumado a la índole de los intereses en debate y a las características del colectivo involucrado, es razonable considerar no acreditado el regular funcionamiento conforme a lo dispuesto oportunamente por este tribunal.

9. Que, ello asentado, cabe ordenar un dispositivo que, hasta que se dicte la sentencia definitiva o bien se acredite el regular cumplimiento del funcionamiento de las escaleras mecánicas y ascensores –lo que ocurra primero–, permita al colectivo actor salvaguardar el derecho *prima facie* afectado.

Así, en caso de que las personas que integran dicho colectivo vean frustrada su posibilidad de acceso a la estación del servicio público de pasajeros subterráneo de la CABA como consecuencia de la falta de funcionamiento de una escalera mecánica o ascensor, según el caso y el tipo de discapacidad motriz de que se trate, cabe disponer que:

(i) Los demandados (GCBA y SBASE) y/o el tercero (Metrovías SA), en el plazo de diez (10) días de notificada la presente al último de ellos, deberán poner a disposición de ese colectivo un medio de transporte de pasajeros adecuado para trasladar a quienes queden comprendidos en la situación descripta en el presente considerando.

La regularidad con la que deberá operar dicho medio de transporte deberá ser directamente proporcional a la demanda del servicio sustituto, la que, a su vez, dependerá del porcentaje de medios de accesibilidad (escaleras mecánicas y ascensores) que no estén funcionando.

De modo que, si bien resulta complejo determinar vía judicial un sistema que compatibilice dichas variables y los factores que, incluso circunstancialmente, pueden incidir en la regularidad de un sistema sustitutivo como el que aquí se pretende fijar, es dable, en principio, estimar viable un dispositivo que satisfaga razonablemente la demanda que eventualmente pueda surgir a partir de la situación irregular que en cada caso se presente.

En ese marco, los obligados indicados al cumplimiento de la medida aquí adoptada, en el plazo de diez (10) días, deberán diagramar y poner en marcha un sistema en el que, en caso de no poder acceder por los medios de acceso indicados al servicio del SUBTE, ninguna de las personas que integra el colectivo afectado deba tolerar una espera mayor a quince (15) minutos desde su llegada a la estación de que se trate sin que se proporcione un medio de transporte alternativo y adecuado al tipo de discapacidad que posea, el que deberá realizar su recorrido hasta la siguiente estación que tenga en funcionamiento los medios de acceso que las personas que circunstancialmente resulten transportadas requieran.

Para una mayor eficacia de la implementación del dispositivo, Metrovías SA deberá informar todos los días, en tiempo real, cuáles son las estaciones cuyos medios de acceso se encuentran circunstancialmente fuera de servicio.

En suma, lo que debe primar es un estándar de previsibilidad por parte de los usuarios del servicio, y que integran el colectivo comprometido. Básicamente, conocer de antemano que no van a contar con la posibilidad de hacer uso del subterráneo por no funcionar los medios con los cuales acceder a él. A partir de ahí, inmediatamente debería hacerse operativo el dispositivo sustituto para ver satisfecho su derecho a trasladarse desde el lugar de origen hasta la siguiente estación que tenga en funcionamiento los medios de acceso que las personas que circunstancialmente resulten transportadas requieran. Ello importa, ni más ni menos, poner a la persona afectada por razones ajenas a su voluntad en una situación que permita evitar el perjuicio que le ocasionaría no contar con el servicio alternativo. No se trata sino, finalmente, de tutelar preventivamente la afectación de los derechos del colectivo que estaría afectado.

Incluso, para que el dispositivo sea efectivo se considera relevante que Metrovías SA disponga de un canal de comunicación interactivo para informar a dichos usuarios la disponibilidad del servicio alternativo y la frecuencia con que va a operar. Tal servicio deberá aparecer en la portada de su página web, de modo tal que sea de fácil ubicación y acceso para el colectivo actor.

La empresa, por su lado, podrá proponer un dispositivo superador, cuya idoneidad para cumplir adecuadamente con el estándar de conducta y lineamientos aquí fijados (garantizar la posibilidad de traslado sustituto y adecuado a los eventuales afectados), en su caso, deberá ser sometido a la valoración de las partes y del juez de trámite.

(ii) A fin de cumplir con la medida dispuesta, los tres obligados cautelarmente deberán publicar la presente resolución, de modo permanente y hasta tanto cese la vigencia de la medida precautoria, a través de sus respectivas páginas web. Asimismo, en el caso del GCBA y SBASE, deberán informar -por la misma vía- que Metrovías SA publicará un itinerario de los medios de acceso en cuestión (escaleras mecánicas y ascensores) que estén fuera de servicio y, en caso de ser posible, el tiempo estimado para su vuelta a funcionamiento. Y Metrovías SA, por supuesto, cumplir con la carga informática de ese itinerario.

(iii) El tribunal pondera adecuado que el Ente único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA y la Defensoría del Pueblo, a través de los agentes que se dispongan al efecto, controlen el cumplimiento de la medida adoptada y, eventualmente, denuncien su incumplimiento ante el juzgado de origen. Ello, en sus respectivos roles de órganos de control de la CABA, con especialidad en materia de servicios públicos, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 137 y 138 de la CCABA.

Tal disposición no inhabilita al resto de los que intervienen en el proceso a hacer lo propio, pero propicia garantizar una fiscalización ordenada y eminentemente propia, con el compromiso consecuente que una carga tal amerita.

De tal forma resulta pertinente constituir a dichos organismos de control como veedores del cumplimiento de la medida adoptada, debiendo cumplir tal cometido, el Defensor del Pueblo.

(iv) Un último aspecto que resulta preciso señalar, es que el tribunal considera pertinente, hasta tanto de dicte sentencia definitiva, como se anticipó, imponer cautelarmente al GCBA, SBASE y Metrovías SA el cumplimiento de la medida adoptada, independientemente de las eventuales responsabilidades que dimanen de tal acto jurisdiccional y lo que éste trajera aparejado en cuanto a la relación interna que las une.

Dirimir en esta oportunidad la responsabilidad que a cada uno le cabría no es propio de esta etapa del proceso, pero además podría condicionar la ejecución de la decisión asumida, sellando la posibilidad cierta e inmediata de que el colectivo afectado pueda contar con un mecanismo alternativo que haga cesar, cuanto menos temporalmente, un estado de cosas que estaría afectando su derecho a trasladarse en un servicio público de pasajeros de modo gratuito por su condición de discapacitados.

En mérito de lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. fiscal ante la Cámara, el tribunal **RESUELVE: 1)** Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación planteados y, en consecuencia, revocar la resolución que obra a fs. 176/178 vta. del presente incidente. **2)** Ordenar al GCBA, SBASE y Metrovías SA que, en el plazo de diez (10) días, de forma conjunta o separada, más allá de la carga impuesta a cada cual en materia de información en el considerando 9º (ii), implementen y pongan en funcionamiento un programa sustituto de traslado del colectivo involucrado (discapacitados motrices actuales o potenciales que pretendan hacer uso del servicio

público de pasajeros subterráneo de la CABA), que siga los lineamientos fijados en el considerando 9°. Ello, hasta que se dicte la sentencia definitiva o bien se acredite el regular cumplimiento del funcionamiento de las escaleras mecánicas y ascensores –lo que ocurra primero–. **3)** Designar veedores judiciales a efectos hacer los relevamientos que el caso amerite en torno a la fiscalización de la medida cautelar adoptada, con la consecuente carga de denunciar su incumplimiento ante el juzgado de trámite, al Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA y a la Defensoría del Pueblo de la CABA, en sus calidades de órganos de control (conf. arts. 137 y 138 CCABA). **4)** Imponer las costas en el orden causado en atención a la forma en que se resuelve, a las particularidades del caso y a lo previsto en el art. 14 CCABA (conf. arts. 26 Ley 2145 y 62 CCAyT).

Regístrese, notifíquese por Secretaría, y al Sr. fiscal ante esta Cámara en su despacho.

Cumplido ello, remítase sin más al Juzgado N°3, Secretaría N°5 para continuar con su trámite conforme a lo resuelto en el incidente 769846/2016-85.

Dr. Esteban Centanaro
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Mariana Díaz
Jueza de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dr. Fernando E. Juan Lima
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires