



Nombre del Expediente: “*VERA RUIZ BERNARDA CONTRA GCBA y otros SOBRE INCIDENTE DE APELACION*”

Número: *A29996-2016/1*

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de febrero de 2017.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que, el Sr. juez de grado, a fs. 33/36 vta., hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que “...[proveyese] **a la amparista, en el plazo de cinco (5) días de notificada la presente, un nuevo puesto de venta de alimentos y bebidas a efectos que le permit[iera] continuar desempeñando su actividad laboral en el mismo lugar en el que lo hacía hasta el secuestro de su puesto de trabajo, y que deber[ía] contar con todos los elementos e insumos necesarios para tal fin**” (el destacado corresponde al original de fs. 35 vta.).

A su vez, estableció que “[e]n caso de no otorgarle el nuevo puesto, el Gobierno demandado deber[ía] **restituir a la amparista el puesto y los elementos secuestrados el día 13 de octubre pasado, y proceder a su reinstalación**” (el destacado corresponde al original de fs. 35 vta.).

Asimismo ordenó al GCBA que “[otorgase] **a la amparista un permiso provisorio para la realización de la actividad laboral que venía desempeñando hasta el 13 de octubre pasado**” (el destacado corresponde al original de fs. 36).

Del mismo modo, hizo saber a ambas partes que la medida ordenada “...no implica[ba] suspensión alguna de la normativa vigente y aplicable a la actividad que desarrolla, vinculada con seguridad, higiene y salubridad, por lo que la misma debe ser cumplida conforme las prácticas y políticas en la materia establecidas en las normas dictadas por el Ejecutivo local” (v. fs. 36).

Sostuvo, en síntesis, a tal fin, que “...la verosimilitud en el derecho invocado, resulta[ba] conteste con las manifestaciones plasmadas por la amparista en su demanda, respecto a que se viene desempeñando como vendedora ambulante de productos alimenticios desde hace dos décadas (ver fs. 1)” (v. fs. 34/34 vta.).

Además, destacó que dicha actividad “...constitu[ía] –según lo afirma la propia actora– la fuente de ingresos de su grupo familiar, por lo que estas especiales circunstancias no pueden desligarse del análisis de



procedencia de la medida cautelar peticionada” (v. fs. 34 vta.). Remarcó que *“...el fumus bonus iuris enc[ontraba] sustento también en las manifestaciones consignadas por el funcionario de la Dirección General de Fiscalización del Espacio Público en el acta de fs. 12, donde se expresa `...el Gobierno le va a otorgar una nueva estructura en los plazos estimados (72 hs.)”* (el destacado corresponde al original de fs. 34 vta.).

Finalmente, en cuanto al peligro en la demora, sostuvo que aparecía manifiesto en la actitud del demandado *“...dado que al materializar el desalojo y posterior secuestro del puesto ambulante de la amparista (ver fs. 26/27), no tuvo en consideración las necesidades alimentarias invocadas por la amparista, y su condición de madre soltera, único sostén de su hija menor y con una formación educativa casi inexistente”* (v. fs. 34 vta.).

2. Que, contra lo así decidido, el GCBA interpuso recurso de apelación (v. fs. 40/47 vta.).

Se agravió, sustancialmente, por: **a)** la insuficiente fundamentación de la cautelar recurrida y por la ausencia de caso judicial; **b)** la inexistencia de verosimilitud en el derecho -en tanto la actora no habría demostrado su condición de parte legitimada mediante la acreditación de un permiso autorizante otorgado legalmente para desarrollar la actividad de venta en la vía pública (v. fs. 42/42 vta.)- y de peligro en la demora -se señaló, en síntesis, que la actora no habría acreditado la alegada carencia de ingresos (v. fs. 44 vta.)-; y, **c)** la invasión de la zona de reserva de la Administración a partir de lo dispuesto en los artículos 102 y 104 de la CCABA.

2.1. A fs. 51/54 vta., la parte actora contestó el traslado oportunamente conferido, a cuyos argumentos nos remitimos en razón de brevedad.

3. Que, así planteada la cuestión, cabe recordar que las medidas cautelares son todas aquéllas 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”* (artículo 177, CCAyT). En estos términos, es propio de las medidas positivas constituir un anticipo de jurisdicción que precisamente, por sus alcances, la Corte Suprema las 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 15 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). 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, específicamente en casos como el que nos ocupa, se debe prestar 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.

3.1. Asimismo, resulta oportuno señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “[s]i bien el dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifican” (in re “Líneas Aéreas Williams S. A. c/ Catamarca, Prov. de s/ Interdicto de retener”, del 16/07/96). “Por ello, la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora” (CSJN, “Grinbank c/ Fisco Nacional”, del 23/11/95; “Pérez c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 25/06/96; “Frigorífico Litoral Arg. c/ DGI s/ declaración de certeza”, del 16/07/96).

4. Que, a partir de lo expuesto, cabe anticipar que este tribunal se expidió sobre cuestiones análogas a las aquí examinadas en un sentido adverso a la petición cautelar de la amparista (vgr. autos “Ferreyra, Gustavo c/ GCBA s/ amparo”, expte. A155800-2013/0, del 20/03/14 y “Alegre, Leticia Noemí c/ GCBA s/ incidente de apelación”, expte. A53540-2014/1, del 25/06/15).

Al respecto, debe señalarse que la pretensión de la actora se traduciría - en definitiva- en que el tribunal le otorgue un permiso para ejercer venta en la vía pública, lo que excedería el ámbito de la competencia jurisdiccional.

En la Ley 1166 se mantuvo la prohibición de venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios en el espacio público de la CABA a toda persona que no hubiese obtenido un permiso de uso, el que es otorgado por el Poder Ejecutivo, de conformidad con las disposiciones de aquella ley y su decreto reglamentario.



A su vez, en el apartado 11.2.16 del mentado código se establece que “[c]uando se comprobare que se encuentran afectadas las condiciones de higiene y seguridad o se detectare irregularidad manifiesta en el ejercicio de la actividad, se procede a ordenar el cese inmediato y preventivo de la actividad y el retiro del puesto, bajo apercibimiento de proceder a su acarreo a costa del/la permisionario/a”.

Asimismo, “[e]l/la permisionario/a puede solicitar el levantamiento de la medida acreditando el cese de las causales que motivaron la misma. La Autoridad de Aplicación previa verificación de la desaparición de las causas que motivaron el cese dispondrá, de corresponder, la reimplantación del puesto”.

5. Que, en ese contexto, lo que surge del acta acompañada a fs. 12 respecto al otorgamiento de una nueva estructura, en principio, no tornaría verosímil el derecho alegado (máxime teniendo en cuenta que en dicho instrumento consta que la actora contaba con el pertinente permiso, lo cual no se condice con lo manifestado por la amparista en el escrito inicial ni con las constancias de autos -v. fs. 1 vta./2 y acta de fs. 27-). Es que, *prima facie*, no parece pertinente -tampoco hay elementos de juicio suficientes- para considerar habilitado el derecho a desarrollar la actividad que pretende la actora en la vía pública -sin el pertinente permiso-, la cual, por lo demás, exige estrictas condiciones de seguridad y salubridad.

En ese sentido cabe recordar que en el apartado 11.2.12 del Código de Habilitaciones de esta ciudad se establece que entre las obligaciones a cargo del permisionario se encuentra la de realizar y aprobar el curso de Manipuladores de Alimentos a dictarse en la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria, requisito cuyo cumplimiento no se encontraría acreditado.

Por otro lado cabe destacar que si bien el argumento referido al tiempo que llevaría la amparista realizando la actividad no alcanza -en principio- para tornar verosímil el derecho alegado, aquello, a su vez, no supera las meras afirmaciones unilaterales de la accionante.

5.1. A su vez, cabe destacar que, *prima facie*, los jueces no podrían reemplazar el juicio previo de la autoridad administrativa, que incluso, y más allá de la juridicidad a la que en forma estricta se encuentra sujeta la discrecionalidad administrativa, podría involucrar cuestiones de oportunidad y mérito.

A partir de ello, la circunstancia de que la demandada no hubiese resuelto acerca de la petición realizada por la actora en sede administrativa -conf. se planteó a fs. 4 vta.-, en principio, tampoco tornaría verosímil el derecho alegado. De esta forma, aun cuando la actora tendría el derecho a una decisión expresa y fundada sobre su solicitud, contaría para ello con los medios jurídicos para hacerla valer.



5.2. Para más, acceder a la medida cautelar (y, en consecuencia, otorgar a la actora un permiso provisorio) importaría desconocer que, en principio, la pretensión articulada se encontraría en concurrencia con la de otros peticionarios. Y, en estas condiciones, escaparía a la posibilidad del tribunal esclarecer, en el marco cautelar, la incidencia que el pedido de la actora tendría con relación a la de los demás aspirantes, cuya situación concreta se ignora.

En efecto, su concesión exigiría, como se expresó, ponderar diversos aspectos (como ser, despejar el universo de peticionarios involucrados) que excedería el margen apreciación de una decisión cautelar.

6. Que, asimismo, no puede obviarse que la petición de realizar un uso especial de un bien de dominio público que persigue la actora exigiría -por las propias características, finalidades y régimen jurídico de tales bienes- indispensablemente un acto expreso del Estado, en cuyo mérito ese derecho resultase otorgado o reconocido (conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Dominio Público, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 391).

Tal como ha quedado expuesto, la omisión de contar con un permiso de uso especial respecto de los bienes del dominio público no podría ser subsanada por la actividad oficiosa de este tribunal, a quien no compete otorgar permisos, función que se encuentra asignada -conforme a la reglamentación- a órganos específicos del GCBA (esta sala en autos "Sequeira Julio Mario Enrique c/ GCBA s/ medida cautelar", expte. 16085/1, del 30/08/08).

Así, por todo lo expuesto, en esta etapa del proceso el derecho de la actora no se presentaría como verosímil en los términos exigidos para el dictado de la medida cautelar solicitada.

7. Que, si bien esta sala ha sostenido que los dos presupuestos de las medidas cautelares mencionados precedentemente se hallan relacionados de modo tal que, a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora y viceversa (esta sala *in re* "Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/ amparo", EXP 6/0, el 21/11/00), tal cosa no implica prescindir de la configuración -aunque sea mínima- de cualquiera de ellos (conf. esta sala, *in re* "Asociación Docentes Ademys c/ GCBA s/ otros procesos incidentales", EXP 30894/2, del 18/11/08).

De tal modo, en atención al modo en que se resuelve, es decir, ante la ausencia de verosimilitud decidida respecto del planteo puesto a conocimiento del tribunal, no resulta necesario expedirse sobre el peligro en la demora (esta sala *in re* "Carballo, Héctor Fernando c/ GCBA s/ medida cautelar", EXP 16401/1, del 11/05/05; "Cabrera, Carlos Luis c/ GCBA s/ otros procesos incidentales", EXP 36897/1, del 17/08/11;



“Pérez, Esther c/ Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la CABA s/ amparo (art. 14, CCABA)”, EXP 37711/0, del 24/10/11, entre muchos otros).

8. Que, finalmente, cabe destacar que este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad en autos “Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo”, expte. 6162/08 del 05/03/09.

Disidencia de la Dra. Fabiana H. Schafrik de Núñez:

1. Que remito a lo expresado por mis colegas preopinantes en los considerandos 1º a 3º del voto que antecede.

2. Que, ahora bien, cabe señalar que, no desconozco el criterio adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad a partir de la sentencia en la causa “GCBA sobre queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)’”, del 05/03/09, el que ha sido receptado en diversos casos sometidos a consideración de esta Cámara.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que al promover la presente acción de amparo, la actora informó que se encontraba a cargo de su hija menor de edad y que la labor de venta ambulante realizada consistía en la única fuente de ingresos del grupo familiar.

Asimismo, tampoco escapa de mi consideración que la actividad de venta en la vía pública configura una compleja problemática. Ello, ya que pone en juego el derecho al trabajo, la organización comunal del espacio público, así como la convivencia entre vecinos.

A su vez, el análisis del caso debe tomar en cuenta que el contexto económico y laboral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no ha sido ajeno a la negativa en el orden nacional e incluso, regional en lo que hace al incremento de la tasa de desocupación y las condiciones de informalidad del empleo. Ello conforme informa la Dirección General de Estadísticas y Censos del GCBA, a partir de la Encuesta Anual de Hogares del año 2015, los informes de resultados 595/13 , 748/14 y 946/15, Anuario Estadístico 2015 e indicadores económicos 2016/2017). Bajo esta línea, es decir tomando en cuenta las particularidades de los conflictos traídos a conocimiento por las partes, esta Cámara ha resuelto en diversos precedentes (vrg. esta sala en autos “Guerrero, Carlos Alberto c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, EXP 40187/1, del 31/07/12 y sala 1 en autos “Hernández, Sergio Adrián c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, EXP 33431/1, del 15/09/09, y “Cipolla, Giselle Anahí contra GCBA sobre Amparo -Art. 14 CCABA-”, EXP 34355/0, del



23/11/10).

Lo anterior, no por negar la facultad estatal de organizar el espacio público sino con la decidida intención -como ya se dijo- de lograr que dicha intervención favorezca el desarrollo de actividades lícitas frente a las fracturas sociales propias de una situación de crisis económica.

3. Que, en el *sub examine*, la actora, de 51 años, adujo que desde hace más de veinte años que desarrollaría la actividad de venta de alimentos en la vía pública y que se encontraba en proceso de adecuación a la normativa en lo que aquí refiere (v. fs. 3, 9/11, 19/20 y 22/25). Al describir su situación familiar, mencionó -como fuera señalado- que la venta de alimentos en la vía pública es su fuente de trabajo y lo que permite satisfacer sus necesidades alimentarias y las de su hija menor de edad, que se encontraría escolarizada.

En tales condiciones, dentro de este limitado ámbito de conocimiento, *prima facie*, el grupo familiar de la actora se encuentra en una situación de vulnerabilidad que torna vital la continuidad de su actividad laboral.

Por ello, en atención a las particulares circunstancias del caso, corresponde confirmar la sentencia de grado con el alcance allí expuesto.

Por todo lo expuesto, el tribunal **RESUELVE:** hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte demandada y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento de grado. Costas por su orden (art. 14 de la CCABA, art. 26 de la Ley 2145 y 62 y 63 del CCAyT).

Regístrese, notifíquese por secretaría y, oportunamente, devuélvase.

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

Dra. Fabiana H. Schafrik de Nuñez
(en disidencia)
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



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario