

Expte. “**MEDINA RAUL DIONISIO CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES**”, sentencia de fecha 17/6/2008.

Voces: Acción de amparo. Venta ambulante. Uso del dominio público. Medida cautelar. Improcedencia.

“MEDINA RAUL DIONISIO CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”, Expte: EXP 29540 / 1

///dad Autónoma de Buenos Aires, 17 de junio de 2008.-

VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera que rechazó la medida cautelar solicitada y,

CONSIDERANDO:

1. Que el señor Raúl Dionisio Medina promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, “*con el fin de que se le ordene abstenerse de decretar clausuras o tomar otras medidas que afecten [su] labor comercial y tengan base en la falta de habilitación para venta ambulante de baratijas que realiz[a]*”.

De acuerdo a su relato, en 1988 se le había otorgado desde la por entonces Municipalidad un permiso precario para la venta de baratijas donde constaba su discapacidad. Aclara que desde hace años que no está vigente.

Solicitó el dictado de una medida cautelar que ordene a la demandada abstenerse de concretar clausuras, remociones o afectaciones de su labor comercial, que tengan por motivo la carencia de habilitación, hasta la definitiva resolución de estos obrados.

2. Que, a fs. 15/16, la señora juez de primera instancia rechazó la medida cautelar peticionada.

Para así decidir, entendió que no aparecen reunidos en la causa los requisitos exigibles para su dictado. Señaló que tanto los artículos 83 y 84 del Código Contravencional refieren a autorizaciones y permisos de uso de la vía pública, que el actor no ha acreditado poseer.

Valoró asimismo que el actor ejerce una actividad en la vía pública, parte integrante del dominio público de la Ciudad, por lo que también están en juego los derechos de todos los habitantes que con sus impuestos solventan su mantenimiento, arreglo e higiene.

3. Que contra lo resuelto en la instancia anterior la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 19/21).

Refiere que yerra la *a quo* al mencionar que los artículos 83 y 84 del Código Contravencional hacen referencia a autorizaciones o permisos. Sostiene que el artículo 83 prescribe que su actividad no puede ser perseguida, en tanto consituye una venta de subsistencia que no lesiona derecho alguno.

Agrega que el personal policial desconoce dicha norma y lo reprime y labra a su respecto actas contravencionales, lo que motivó la presente acción. Informa que si bien se le han labrado actas de comprobación, no conserva las copias.

Afirma que se pretende recuperar el espacio público sin contemplar la situación de hecho de personas que hace veinte años trabajan en el lugar para ganarse el sustento diario.

Expresa que el peligro en la demora surge indiscutible del carácter alimentario de la pretensión articulada, pues su actividad resulta su única fuente de ingresos.

Además afirma que la existencia de un derecho verosímil se desprende de las pautas constitucionales en materia de trabajo.

4. Que entrando al examen de la cuestión principal planteada, cabe recordar que las medidas cautelares tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva.

La procedencia de dichas medidas se halla condicionada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien la solicita (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*), que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.

También requiere, en su caso, una contracautela suficiente por los eventuales perjuicios que pudiera ocasionar a la contraria de haber sido pedida sin derecho, a efectos de hacer efectiva la responsabilidad prevista en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo y Tributario (asimismo art. 6, ley 7 y artículo 15 de la ley 2145). De lo que se trata, en definitiva, es de que la necesidad del proceso para obtener la razón no pueda convertirse en un daño para quien tiene razón.

5. Que de acuerdo a los recaudos mencionados la medida peticionada no resulta admisible.

Es que de los términos del escrito inicial, así como de la documentación acompañada no surge que la demandada hubiera denegado o revocado en forma arbitraria la concesión de un permiso para la venta en la vía pública, ni tampoco que

existan trámites administrativos ilegítimamente demorados. El propio actor ha señalado que se le concedió un permiso en el año 1988 que en la actualidad no se encuentra vigente.

Por otra parte la pretensión de realizar un uso *especial* de un bien de dominio público que persigue el actor exige -por las propias características, finalidades y régimen jurídico de tales bienes- *indispensablemente* un acto expreso del estado, en cuyo mérito ese derecho resulte otorgado o reconocido (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Dominio Público*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 391).

Numerosas disposiciones del ordenamiento jurídico resultan un reflejo de tal situación, en cuanto mencionan la necesidad de autorizaciones y permisos para poder efectuar un uso *especial* de los bienes del dominio público (vg. arts. 82, inciso 5, y 104, inciso 21 de la Constitución de la Ciudad; arts. 83 y 84 del Código Contravencional, etc.).

De tal modo, la alegada ausencia de reglamentación de la actividad desplegada por el actor, no podría interpretarse como una consagración del libre uso para fines individuales de los bienes del dominio público, que poseen un régimen específico y estricto en virtud de la función social que desarrollan respecto de necesidades vitales de la comunidad.

Tampoco el hecho de la exclusión de la venta ambulante de baratijas para subsistencia del tipo contravencional consagrada por el artículo 83 de la ley 1472, puede subsanar la necesidad de autorización o permiso, y sólo proyecta sus efectos respecto de las facultades punitivas del estado.

Tal como ha quedado expuesto, la omisión de contar con un permiso de uso especial respecto de los bienes del dominio público no puede 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 Gobierno de la Ciudad (cfme. esta Sala al resolver en autos “*SEQUEIRA JULIO MARIO ENRIQUE CONTRA GCBA SOBRE MEDIDA CAUTELAR*”, Expte: EXP 16.085 / 1, el 30 de agosto de 2008).

Respecto de la alegada afectación del derecho constitucional a trabajar, resulta pacífica la opinión de la doctrina y la jurisprudencia en que los derechos se ejercen conforme las leyes que reglamenten su ejercicio. En el caso, en virtud de la particular actividad de que se trata, además de hallarse sujeta a la reglamentación que exista respecto de la concesión de permisos y autorizaciones para ejercerla, resultará siempre aplicable por defecto la correspondiente a los bienes del dominio público del estado.

Sobre el punto, conviene recordar que la acción de amparo no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las instituciones vigentes (Fallos:

310:1542, 1927 y 2076; 315:1485; 317:1755; 322:2247), ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (Fallos: 310:2076).

Así al no advertirse la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten al actor, su derecho no se presentaría como verosímil en los términos exigidos para el dictado de la medida cautelar solicitada.

6. Que si bien esta Sala ha sostenido que los dos presupuestos de las medidas cautelares mencionados más arriba se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud del derecho, corresponde no ser tan riguroso en la apreciación del peligro del daño y –viceversa- cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable la exigencia respecto del *fumus* se puede atemperar (Expte. Nº 6, “*Banque Nationale de Paris c/GCBA s/amparo*”, resuelta el 21 de noviembre de 2000), lo cierto y concreto es que ambos extremos deben hallarse –aún en grado mínimo- presentes en el caso.

De este modo, atento a lo concluido en el considerando precedente respecto a la falta de concurrencia del requisito de la verosimilitud en el derecho, no resultaría necesario expedirse respecto de peligro en la demora (esta Sala al resolver en autos “*Angelini, Luis Alfonso contra GCBA sobre revisión de cesantías o exoneraciones de emp. publ.*”, Expte: RDC 693/0, el 16 de marzo de 2004).

En virtud de lo expuesto, este Tribunal **RESUELVE**: Confirmar la sentencia apelada. Sin imposición de costas por no haber mediado sustanciación. Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase