



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“ZENOBIO MARCELA ALEJANDRA CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”, EXPTE: EXP 10505 / 1**

Buenos Aires, 20 de abril de 2004.

**Y VISTOS:**

Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor (fs. 16/18, concedido por la resolución reproducida a fs. 19), contra el decisorio que en copia obra a fs. 14/15.

I. La resolución recurrida rechazó la medida cautelar pretendida por el actor, consistente en la suspensión del decreto de necesidad y urgencia n° 03/2003, en cuanto prohíbe la venta de bebidas alcohólicas en los establecimientos que menciona.

Ello suscita la apelación del accionante, a tenor de los fundamentos que vierte en su memorial.

A fs. 25/28 dictaminó el sr. Fiscal General Adjunto, propiciando el rechazo del recurso y la confirmación del decisorio recurrido.

II. Con respecto a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la complementaria fijación de una contracautela (esta Sala, *in re* “Rubiolo Adriana Delia y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 7; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar, expte. n° 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”, expte. n° 1607/01, “Casa Abe S.A. c/ G.C.B.A. s/ Acción meramente declarativa-art. 277 CCAyT) s/ Incid. apelación contra resolución de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119” expte. 271, entre muchos otros precedentes).

Estos requisitos fueron receptados y regulados, con sus peculiaridades, en la ley procesal local. Así, el art. 177, CCAyT, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción.

El art. 177 agrega que aquel que tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias,

fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas.

III. Así determinado el marco legal aplicable a la cuestión en examen, corresponde poner de resalto, en primer lugar, que el decreto de necesidad y urgencia n° 03/2003, ratificado por la Legislatura de la Ciudad mediante resolución n° 341, dispuso incorporar al título 2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, una sección 3 "De las restricciones", estableciendo en su artículo 3.1.1. que: *“El expendio de bebidas alcohólicas sólo puede efectuarse por los comercios cuya habilitación les permita la comercialización de este tipo de productos. Cuando la venta se efectúe para su consumo fuera del establecimiento queda restringida al horario comprendido entre las 8 y las 23 horas, con excepción de la modalidad envío a domicilio”*. Asimismo, el artículo 3.1.2. dispone que: *“Queda prohibido el expendio y consumo de bebidas alcohólicas en las estaciones de servicio, lavaderos de automóviles, gomerías y todo otro comercio que brinde servicios a automovilistas como actividad principal o accesoria”*. La sanción para el caso de incumplimiento de tales disposiciones consiste en *“la cancelación de la habilitación y la clausura del establecimiento”*, según reza el art. 3.1.3. Por su parte, el artículo 4.6.7. prohíbe *“el expendio de bebidas alcohólicas cualquiera sea su graduación, inclusive con la modalidad de envío a domicilio”* en los quioscos y maxiquioscos, agregando que *“su inobservancia implica la cancelación de la habilitación y la clausura del establecimiento”*.

Entre los considerandos que llevaron al dictado del mencionado decreto puede leerse que *“el problema del expendio y consumo de bebidas alcohólicas, cualquiera sea su graduación, en determinados horarios y en ciertos establecimientos dentro del territorio de la Ciudad, ha adquirido una gravedad que requiere de urgente regulación expresa”*, haciéndose mención a *“la absoluta necesidad de tomar urgentes medidas que pongan freno a la venta indiscriminada de bebidas alcohólicas para su consumo en la vía pública, que se traduzcan en un mensaje claro a la sociedad sobre el compromiso de los órganos de gobierno en este sentido”*.

IV. Ello así, no se aprecia *–prima facie*, y dicho esto con la provisoriedad propia de este estadio del análisis- que el decreto mencionado adolezca de vicios patentes que tornen procedente la cautela impetrada.

En efecto, cabe recordar que el Estado, en ejercicio de su poder de policía, puede limitar el contenido y el ejercicio de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público perseguidos por la comunidad (Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 456; Padilla, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 71). En tal sentido debe señalarse, como lo hace con claridad la Sra. Fiscal de Cámara a fs. 27 vta., que los derechos se ejercen de



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14, C.N.), sin que se advierta, en este preliminar estadio del proceso, que la reglamentación de la venta de bebidas alcohólicas que impone la norma en análisis resulte ser palmariamente irrazonable.

Cabe ponderar, al respecto, que el decreto establece tres restricciones para su expendio, claramente definidas, a saber: a) dispone que puede efectuarse solamente en los locales cuya habilitación les permite comercializarlas y, cuando la venta se realiza para su consumo fuera del establecimiento, la permite únicamente en un determinado horario -entre las 8 y las 23 horas- salvo para el caso del envío a domicilio; b) prohíbe el expendio y consumo en los comercios que brindan servicios a automovilistas, ya sea como actividad principal o accesoria; y c) prohíbe la venta en los quioscos y maxi quioscos, incluso para el envío a domicilio.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que -conforme resulta de los considerandos del decreto 03/2003-, su dictado tiende a hacer cesar una situación de gravedad creada por el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. Y, en segundo lugar, que al definir las situaciones en que rige la limitación se ha contemplado, por un lado, los establecimientos que expenden productos en la vía pública, y cuya consumición tendrá lugar probablemente en ella (apartados a y c) precedentes) y, por el otro, los comercios que mantienen un contacto directo con los automovilistas, como manera de prevenir la ingesta de alcohol por parte de estos últimos.

Tal selección no parece *prima facie* revelar discriminación alguna, debiendo recordarse, al respecto, que la garantía de igualdad ante la ley no impide “*que el legislador contemple en forma diversa situaciones que considera diferentes, en tanto no establezca distinciones irrazonables e inspiradas en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas*” (Fallos, 205:68; 237:334; 238:60; 289:197; 293:335; 301:381; 303:2021; 304:390; 305:823, entre otros).

V. Por otra parte, cabe señalar que la actividad de venta de bebidas alcohólicas en los establecimientos como el que explota el recurrente resultaba ya de dudosa legalidad a tenor de la legislación anterior al dictado del decreto 03/2003.

En efecto, la ordenanza 48.891, del 20 de diciembre de 1994, publicada en el boletín municipal 19.964, estableció la absoluta prohibición de toda forma de expendio de bebidas alcohólicas en los quioscos, cualquiera fuese su graduación. Y aún antes del dictado de tal norma, el código de habilitaciones era claro en cuanto a que en los quioscos estaba permitida únicamente la venta de bebidas sin alcohol (art. 4.64).

Ello torna aún más incierta la verosimilitud del derecho invocado por el accionante.

VI. Más allá de lo señalado en los considerandos precedentes, el Tribunal observa que el recurrente no ha acreditado hallarse efectivamente autorizado para la venta de bebidas alcohólicas al momento de dictarse el decreto que cuestiona. En efecto, como lo pone de resalto la sra. Fiscal de Cámara, tal circunstancia no surge de la plancheta de habilitación de fs. 10, que se limita a rubros distintos al señalado. Esa sola circunstancia resultaría de por sí suficiente para considerar que el derecho invocado por el recurrente no aparece *prima facie* verosímil.

VII. Finalmente, cuadra poner de resalto que el recurrente tampoco ha acreditado debidamente el *periculum in mora*, pues se ha limitado a afirmar que la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas le acarrearía pérdidas económicas, pero sin acompañar elemento de juicio alguno que permita tener por acreditada, siquiera sumariamente, su efectiva existencia y su cuantía aproximada.

Todo ello habrá de conducir al rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia apelada.

#### **VOTO DEL DR. ESTEBAN CENTANARO**

I. Adhiero al relato de los hechos efectuado por mis distinguidos colegas en el punto I del voto que antecede.

II. Tal como lo señaló reiteradamente la Sala II de esta Cámara, que integro, a fin de resolver la cuestión, no puede omitirse que la ordenanza 48.891, del 20 de diciembre de 1994, publicada en el boletín municipal 19.964, estableció la absoluta prohibición de toda forma de expendio de bebidas alcohólicas en los quioscos, cualquiera fuese su graduación.

Por lo demás, aún antes del dictado de tal norma, el código de habilitaciones era claro en cuanto a que en los quioscos estaba permitida únicamente la venta de bebidas sin alcohol (art. 4.64 (AD 700.12)).

Por ello, si bien el decreto 3/2003, modificó el texto del artículo 4.6.2 del código de habilitaciones estableciendo en forma categórica que “*Queda prohibido en estos comercios el expendio de bebidas alcohólicas cualquiera sea su graduación, inclusive con la modalidad de envío a domicilio. Su inobservancia implica la cancelación de la habilitación y la clausura del establecimiento*”, la posibilidad de autorizar la venta de bebidas alcohólicas en los quioscos antes de la sanción de la norma atacada se topaba con serios escollos en la legislación anterior.

III. Por lo demás, el decreto 2724/03, reglamentario del 3/2003, dispuso que la prohibición se extendía cualquiera fuera la habilitación con que contaran los maxiquioscos. Esta norma se enrola claramente en el criterio de la legislación previa en materia de



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

habilitaciones en cuanto *“las habilitaciones o permisos ya concedidos, se regirán por las normas vigentes al momento de su otorgamiento. Sin perjuicio de ello si en este Código se establecieran nuevos requisitos, deberán ajustarse a ellos cuando el Departamento Ejecutivo, por vía de reglamentación, así lo disponga”* (art. 1.1.6).

En principio cabe afirmar que la habilitación con que pudiera contar la actora, junto con la práctica social de venta y consumo indiscriminado de alcohol en la vía pública, no condiciona, y menos aún impide, imponer razonables restricciones al desarrollo de actividades comerciales en la Ciudad. En el contexto reseñado, el decreto 3/2003, lejos de alterar, degradar o extinguir el derecho de trabajar o ejercer industria lícita en forma que pueda considerarse inválida, se limitó a reiterar anteriores limitaciones, reafirmando la prohibición de venta de alcohol en quioscos.

IV. Sin perjuicio de lo expuesto, y aún admitiendo que el decreto de necesidad y urgencia 3/2003 importara una modificación efectiva del orden jurídico anterior, limitando o restringiendo actividades para cuyo desarrollo el actor gozaba de habilitación previa, tal modificación no sería en principio suficiente para sustentar la verosimilitud del derecho alegado. Ello por cuanto no existe habilitación que abrigue un derecho a la perpetuidad del régimen jurídico vigente.

Si bien es innegable que toda nueva reglamentación afecta en alguna medida derechos de propiedad y de igualdad, un examen preliminar del expediente no basta para considerar probado, en grado convincente, que el criterio de selección del regulador al distinguir el tratamiento de actividades que permite en almacenes y quioscos, resulte manifiestamente irrazonable, ni dirigido a efectuar discriminaciones arbitrarias, o sumamente opresivo de la situación económica del actor.

V. Por último cabe señalar que si bien el dictado de las medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud, está claro que recae sobre quien solicita la medida la carga de alegar y allegar al expediente los elementos que sustenten la verosimilitud del derecho que invoca (confr. art. 301 del C.C.Ay T). No hay en la causa elementos que permitan resolver en el sentido solicitado, ya que no se advierte un acto viciado de nulidad manifiesta que torne viable la medida solicitada. La información recopilada en este expediente es escasa a esos efectos.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal RESUELVE: No hacer lugar a la apelación, y en consecuencia confirmar la resolución recurrida en todo cuanto decide y fuera objeto de recurso. Sin costas, en atención

a la ausencia de contradicción. Notifíquese a la sra. Fiscal de Cámara en su despacho. Devuélvase, encomendándose al tribunal de grado el cumplimiento de la restante notificación.

Carlos F. Balbín

Horacio G. A. Corti

Esteban Centanaro