



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“CABALLERO CARLOS VICTOR CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXPTE: EXP 3890 / 0

Buenos Aires, 22 de abril de 2004.

Y VISTOS:

Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada (fs. 131/134, concedido a fs. 135) contra la sentencia de fs. 128/130, que no mereciera réplica de la contraria.

A fs.142/144 dictaminó la sra. Fiscal de Cámara, propiciando la revocación del decisorio en crisis.

VOTO DEL DR. CORTI

I. El actor, discapacitado visualmente, relató en su demanda que se desempeñó durante largo tiempo como ayudante del sr. José Emma, titular de un puesto de venta de flores en la calle Uruguay 495 de esta Ciudad. Agregó que desde la muerte del sr. Emma se hizo cargo, de hecho, de la explotación de dicho puesto, sin perjuicio de lo cual realizó diversos pedidos a la administración a efectos de que se procediera a otorgarle habilitación para realizar dicha explotación, que resultaron infructuosos. Luego de varias contingencias, el día 3/10/2001, le fue retirado el puesto por personal del Gobierno de la Ciudad.

Ante ello, el accionante inició el presente amparo, invocando la demora de la administración en resolver las diversas peticiones que presentara y solicitando se le restituya el puesto de flores y se lo autorice expresamente a ejercer la actividad de venta de flores y plantas en el mismo (fs. 83).

La sentencia recaída en la anterior instancia hizo lugar a la acción de amparo y en consecuencia ordenó a la administración que adopte las medidas necesarias a fin de que el amparista pueda desarrollar su trabajo de venta de flores en el lugar en que lo hacía, hasta tanto se proceda a adjudicarle otro sitio en las condiciones que establece la normativa vigente. Para así decidir, consideró la *a quo* que el derecho del actor a trabajar se ve, en el caso, reforzado por la discapacidad que padece –lo que torna aplicable la especial protección que dimana del artículo 42 de la CCABA y de la ley 447-, y por la circunstancia

de haber el accionante ocupado el puesto, aún sin habilitación, durante largos años. Ello, sumado al hecho de que *“la demandada no ha dado razones contundentes que impidan la venta de flores en la esquina en cuestión”*, llevó a la juzgadora a acoger la pretensión amparista.

Lo decidido motiva la apelación de la accionada, a tenor de los agravios que vierte en su memorial.

II. Así las cosas, la correcta resolución de la cuestión planteada requiere recordar, en primer término, que de conformidad con lo establecido en el Código de Habilitaciones y Verificaciones, la venta, comercialización o ejercicio de actividad en la vía pública se encuentra prohibida a toda persona que no estuviera autorizada en los términos de ese cuerpo legal. En cualquier caso, los permisos que se otorguen lo serán con carácter precario, personal e intransferible, por un plazo máximo de seis meses, aunque pudiendo ser renovados (art. 11.1.2).

Es decir que, en atención a su carácter precario, personal e intransferible, el permiso conferido al sr. Emma, quien según se relata en la demanda falleciera en el año 1988, quedó extinguido con la muerte de dicha persona, sin que el actor tuviera derecho alguno a continuar la explotación en las condiciones en que lo ha hecho posteriormente.

En nada varía esta conclusión por la circunstancia de que el accionante haya efectivamente explotado el puesto de flores sin permiso, toda vez que ello contravenía las expresas disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones que se han citado, y sabido es que una conducta ilícita, aún prolongada en el tiempo, no puede ser fuente de derecho alguno para quien la desarrolla (arts. 17, 18 y 1111, Código Civil). Ello es particularmente así en el caso de la ocupación de bienes del dominio público, que son insusceptibles de ser adquiridos por usucapión (arg. art. 3951, Código Civil) y cuyo uso y goce por los particulares tiene lugar en las condiciones previstas por las leyes (art. 2341, Código Civil).

III. Cabe sin embargo preguntarse en este estado si el actor tenía derecho, no ya a continuar la explotación del puesto de flores que realizaba el sr. Emma, sino a obtener de la administración un permiso para explotarlo.

Al respecto, corresponde señalar que el otorgamiento de tales permisos constituye en general el ejercicio de una actividad discrecional de la administración (Conf. Marienhoff, Miguel S., *Permiso especial de uso de bienes del dominio público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 35). Tal circunstancia cobra especial relevancia en el caso de los permisos, dado que, como señala Cassagne, *“en el permiso se trata siempre del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva. En este último caso, la Administración pública tiene el deber de comprobar que el ejercicio de la actividad*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

prohibida no afecta el interés público o bien común” (Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, 6ta ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 464).

Es decir que, a tenor de las normas aplicables al caso, la actividad de venta o comercialización en la vía pública se encuentra en principio prohibida, y sólo puede accederse a ella mediante la concesión de un permiso precario otorgado por la administración en uso de facultades discrecionales. En otras palabras –y bajo reserva de lo que habrá de exponerse en el considerando siguiente-, el actor no cuenta con derecho alguno a obtener el otorgamiento de un tal permiso, pues tal como afirma Diez, *“el titular del permiso, antes de la sanción del acto administrativo que lo otorgó, carecía de derecho para usar exclusivamente determinada porción del bien dominical, aunque la ocupación sea temporal y precaria. Su derecho de ocupante nace a la vida con el acto administrativo que le otorgó el permiso”*. Y agrega más adelante el citado tratadista: *“Y como ningún habitante tiene derecho a usar privativamente un bien del dominio público, no puede lógicamente exigir que se le confiera tal uso, que excede su esfera jurídica. En consecuencia, el particular no tiene derecho para exigir la concesión del permiso. De allí que la administración actúe en forma discrecional para el otorgamiento del mismo”* (Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, t. 4, p. 529 y 530).

No desconoce el Tribunal que la actividad discrecional de la administración también reconoce sus límites y se encuentra sujeta a control judicial. Dicho control, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *“encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión –entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto (Fallos: 315:1361)- y por otro, el examen de su razonabilidad”* (Fallos, 320:2509). Pero lo que en modo alguno puede hacer el juzgador es ingresar en el análisis de la oportunidad, mérito o conveniencia del obrar de la administración, suplantando el criterio de ésta por su propia apreciación sobre la pertinencia de la adopción de tal o cual decisión. Tal actitud importaría, efectivamente, invadir la órbita de actuación del poder administrador, con grave lesión del principio de separación de poderes.

En el caso –vale reiterarlo-, el actor carecía de derecho alguno tanto a continuar la explotación del puesto cuanto a obtener el otorgamiento de un permiso para explotarlo. Sí podía, como lo hizo, ejercer su derecho de peticionar a las autoridades, y obtener una decisión fundada que resolviera su reclamo. De más está decir que la decisión que la administración adoptara al respecto, en ejercicio de sus facultades discrecionales, sería pasible de control judicial en los términos expuestos. Pero lo que de ningún modo puede concebirse es que la demora en resolver la solicitud del actor faculte a los jueces a sustituirse al poder administrador, adoptando una decisión –el otorgamiento al accionante

de un permiso para realizar una actividad comercial en la vía pública- que se encuentra constitucionalmente a cargo de aquél (artículo 104, inc. 21, CCABA).

IV. Tampoco soslaya el Tribunal la especial situación del actor, discapacitado visual, así como la previsión constitucional que tutela especialmente a las personas con necesidades especiales, lo que incluye la ejecución de políticas tendientes a su inserción social y laboral (art. 42, CCABA).

Sin embargo, debe recordarse que los derechos constitucionales se ejercen de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio (arts. 14, CN y 10, CCABA), y que, tal como lo señala la sra. Fiscal de Cámara, la cuestión ha sido objeto de expresa regulación mediante la ley nacional 22.431, la ordenanza 43.465 y los decretos 747/93 y 1553/97.

Dichas normas, si bien establecen la obligación para el Estado local de otorgar en concesión a las personas para discapacidad espacios para pequeños comercios (art. 11, ley 22.431, según ley 24.308), requieren, para acceder a tal beneficio, la acreditación de la discapacidad, y la inscripción en un registro especial (art. 7, decreto 1553/97). A su vez, la disposición n° 97-DGCyP-00, reglamentaria de este último decreto, estableció un procedimiento para la adjudicación de espacios del dominio público a los inscriptos en la lista de aspirantes, la que se realiza por acto público y por sorteo.

Así las cosas, y toda vez que, como lo señala el Ministerio Público, el actor no ha invocado ni acreditado haber cumplido los requisitos previstos en esas normas, como tampoco ha impugnado su validez constitucional, corresponde concluir una vez más que carece de derecho a obtener de la judicatura el otorgamiento del permiso que impetra, razón por la cual la conducta de la administración, en cuanto retiró el puesto de flores explotado irregularmente por el accionante, se ajustó a derecho y no trasunta arbitrariedad ni ilegitimidad ningunas.

V. Lo hasta aquí dicho no habrá sin embargo de conducir sin más al rechazo de la demanda.

En efecto, si bien en el escrito de inicio el actor solicitó que se le restituya el puesto de flores y se lo autorice a explotarlo (fs. 83), se refirió también, en reiteradas oportunidades, a la demora en que habría incurrido la administración en tramitar los sucesivos pedidos que realizara en ese sentido, sin que a la fecha se hubiera adoptado ninguna decisión al respecto (fs. 81, 82 y 82 vta.). Asimismo, afirmó que la arbitrariedad del proceder de la accionada radica, entre otras cosas, en *“la mora y la falta de diligencia en tratar de encontrar el mecanismo necesario para otorgarme la habilitación y el permiso”* (fs. 82 vta.).

Tales circunstancias, sumadas al hecho de que tanto al describir el objeto de la acción (fs. 80) cuanto al formular el petitorio (fs. 83) el actor se limita a solicitar que se haga lugar a la acción de amparo, autorizan a afirmar –en una interpretación amplia que



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

viene impuesta por el principio *pro actione*- que la demanda incluye también, en forma subsidiaria a la pretensión antes analizada –la reinstalación del puesto y la autorización para explotarlo- la solicitud de que se ponga fin a la mora de la administración en resolver las peticiones del actor, lo cual, ante la ausencia de su tratamiento en primera instancia, debe ser abordado por este Tribunal (arg. art. 248 CCyT, aplicable a la especie teniendo en cuenta que, al haberse acogido en aquella sede su pretensión principal, el accionante carecía de interés en apelar la sentencia de grado).

VI. Conviene recordar, al respecto, que este Tribunal ha señalado anteriormente que el amparo por mora es una acción tendiente a obtener una orden judicial de pronto despacho que puede deducir quien reviste la condición de parte en un procedimiento administrativo, cuando el órgano competente ha dejado vencer los plazos fijados o, en ausencia de éstos, ha transcurrido un plazo que excede pautas temporales razonables sin dictar el acto que corresponda (esta Sala, *in re* “Skurnik, Carlos Marcelo c/ G.C.B.A.-Dir. Gral. de Fiscalización de Obras y Catastro- s/ Amparo”, del 12/6/01; “Carnraces S.R.L. – Radio Taxi Okey c/ G.C.B.A s/ Amparo”, EXP n° 3519).

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha establecido que el derecho a peticionar “*no se agota en el mero acto de su ejercicio por parte del interesado, sino que exige una respuesta de la administración. Por ende, frente a aquel derecho, se sitúa la obligación de responder, lo que no significa que la Administración deba pronunciarse en uno u otro sentido, sino tan sólo que debe expedirse de manera fundada*” (CNCiv. Sala H, *in re* “Iwai de Nakatsuno Chieko c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, del 5/XII/97).

VII. El examen de las constancias de autos, y en particular de las actuaciones administrativas traídas *ad effectum videndi* permite constatar la existencia de una flagrante situación de morosidad de la administración en resolver los sucesivos pedidos que presentara el accionante a fin de que se le permitiera explotar el puesto de flores. Así, las actuaciones administrativas de referencia fueron iniciadas por nota n° 002150/DGVH/2000, el 7 de enero de 2000 (fs. 1 vta.), sin que a la fecha –esto es, más de tres años después- se haya adoptado decisión alguna. Es más, se observa que en todo ese período temporal prácticamente no se ha realizado acto alguno en ese expediente, pese a haber solicitado el accionante pronto despacho (fs. 38).

Por toda justificación de esa situación, la demandada se refiere, en la nota de fs. 42 de las actuaciones administrativas, “*al cúmulo de actuaciones existentes, a los cambios de autoridades, reestructuraciones administrativas, y las diferentes directivas emanadas de la superioridad con relación a la firma y trámite de actuaciones en general*”.

Ello así, y resultando evidente la existencia en la especie de mora administrativa, la cual ha sido reconocida por la propia demandada en la nota reseñada, corresponde hacer lugar a la acción en este punto.

VIII. Cabe agregar a lo ya dicho que al derecho que el actor tiene de petitionar a las autoridades y obtener un pronunciamiento fundado que resuelva su solicitud, se agrega en el caso su especial condición de discapacitado visual, lo cual obliga a la accionada a tratar su petición con especial deferencia, en virtud de la protección legal y constitucional de la que gozan las personas con necesidades especiales (art. art. 42, CCABA; ley 22.431; ordenanza 43.465, y decretos 747/93 y 1553/97). Conviene recordar, en tal sentido, que como queda dicho esas normas establecen la obligación para el Estado local de otorgar en concesión a las personas para discapacidad espacios para pequeños comercios (art. 11, ley 22.431, según ley 24.308).

Al respecto me parece oportuno señalar que, por las razones que a continuación expreso, entiendo que, en caso de considerar que el régimen legal es dudoso, debe estarse a la interpretación más favorable a la persona con necesidades especiales.

El art. 75, inc. 23, CN dispone que es atribución del Congreso *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trabajo, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*.

El art. 42, CCABA establece que *“la Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral. Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes”*.

El art. 23, punto 2, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño prevé que *“los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”*.

El art. 6 de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (1975) dispone que *“el impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; a la formación y a la readaptación profesionales; a las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social”.

El art. 22 de la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (1993) dispone que *“es menester prestar especial atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad”.*

Por su parte, el art. 63 de la citada Declaración establece que *“la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos. La Conferencia pide a los gobiernos que, cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su legislación para garantizar el acceso a éstos y otros derechos de las personas discapacitadas”.*

Finalmente, su art. 64 dispone que *“el lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad”.*

Es relevante además lo establecido en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) en su art. 18: *“Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:* a. *ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; d. estimular la*

formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena”.

En este sentido se expidió la el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General n° 5 (1994): *“La obligación de los Estados Partes en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. (...) Los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. (...) Dicho apoyo debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos asociados a menudo con la discapacidad”.*

Por su parte, la Asamblea General de la OEA, en su Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (1995), decidió *“instar a los Estados miembros a cooperar en la adopción de medidas concretas para mejorar la salud de los discapacitados, integrarlos a la sociedad con el pleno ejercicio de sus derechos y deberes, identificar los riesgos que dan lugar a la discapacidad y prevenir la discapacidad”.*

Asimismo, la Asamblea General de la OEA articuló el “Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano” (1996), donde el cuerpo decidió: *“1. Declarar su compromiso de intensificar los esfuerzos en favor de las personas con discapacidad. 2. Manifiestar su más firme y decidido compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad y la necesidad de que se mejoren los servicios y se ofrezcan mayores oportunidades para las personas con discapacidad en el continente americano. 3. Recomendar a los Estados miembros que dentro de sus posibilidades, intensifiquen sus esfuerzos a fin de crear oportunidades equitativas para las personas con discapacidad en los servicios de salud, educación y capacitación, así como oportunidades de empleo y de vida independiente y, en general, facilidades para que se integren y contribuyan plenamente a la sociedad en forma productiva”.*

También es importante destacar que el Congreso de la Nación aprobó, mediante la ley 25.280, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, suscripta en Guatemala el 8 de junio de 1999.

El art. 3 establece: *“Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados Parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo,*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; (...) 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas: a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles; b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad”.

Finalmente, en el ámbito de la Ciudad, es relevante la ley 447 (“Régimen básico e integral para la prevención, rehabilitación, equiparación de posibilidades y oportunidades y para la participación e integración plena en la sociedad de las personas con necesidades especiales”). Su art. 5 establece que *“Todos los Poderes del Estado de la Ciudad de Buenos Aires deben, entre sus objetivos, programar y ejecutar políticas activas para la prevención, estimulación temprana, rehabilitación, equiparación de oportunidades y posibilidades para la plena participación socioeconómica de las personas con necesidades especiales.”*

En virtud de la contundencia del régimen jurídico reseñado, que claramente protege y privilegia el derecho de las personas con discapacidad a una vida plena, considero que ante una situación de duda en cuanto a la aplicación o interpretación de disposiciones legales se debe estar a la solución que más favorezca a la persona con necesidades especiales.

Esta lectura resulta acorde al criterio hermenéutico general que ya indiqué en la causa “Ruiz, María Antonieta y otros c/ GCBA s/ cobros de pesos”, expediente n° 684/0, sentencia del 2/4/2004, según el cual las reglas jurídicas, en caso de duda, deben interpretarse a favor de la parte más débil.

A ello cabe agregar que, en virtud del principio del informalismo (art. 22 inc. “c”, LPACABA), deberá la administración, en su caso, reencausar la petición del actor en el sentido dispuesto por las normas aplicables, a efectos de dar respuesta urgentemente a la situación planteada.

VOTO DEL DR. CENTANARO

I. El actor, discapacitado visualmente, relató en su demanda que se desempeñó durante largo tiempo como ayudante de José Emma, titular de un puesto de venta de flores en la calle Uruguay 495 de esta Ciudad. Agregó que desde la muerte del sr. Emma se hizo cargo, de hecho, de la explotación de dicho puesto, sin perjuicio de lo cual realizó diversos pedidos a la administración a efectos de que se procediera a otorgarle habilitación para realizar dicha explotación, que resultaron infructuosos. Luego de varias contingencias, el día 3/10/2001, le fue retirado el puesto por personal del Gobierno de la Ciudad.

Ante ello, el accionante inició el presente amparo, invocando la demora de la administración en resolver las diversas peticiones que presentara y solicitando se le restituya el puesto de flores y se lo autorice expresamente a ejercer la actividad de venta de flores y plantas en el mismo (fs. 83).

La sentencia recaída en la anterior instancia hizo lugar a la acción de amparo y en consecuencia ordenó a la administración que adopte las medidas necesarias a fin de que el amparista pueda desarrollar su trabajo de venta de flores en el lugar en que lo hacía, hasta tanto se proceda a adjudicarle otro sitio en las condiciones que establece la normativa vigente. Para así decidir, consideró la *a quo* que el derecho del actor a trabajar se ve, en el caso, reforzado por la discapacidad que padece –lo que torna aplicable la especial protección que dimana del artículo 42 de la CCABA y de la ley 447-, y por la circunstancia de haber el accionante ocupado el puesto, aún sin habilitación, durante largos años. Ello, sumado al hecho de que *“la demandada no ha dado razones contundentes que impidan la venta de flores en la esquina en cuestión”*, llevó a la juzgadora a acoger la pretensión amparista.

Lo decidido motiva la apelación de la accionada, a tenor de los agravios que vierte en su memorial.

II. Así las cosas, la correcta resolución de la cuestión planteada requiere recordar, en primer término, que de conformidad con lo establecido en el Código de Habilitaciones y Verificaciones, la venta, comercialización o ejercicio de actividad en la vía pública se encuentra prohibida a toda persona que no estuviera autorizada en los términos de ese cuerpo legal. En cualquier caso, los permisos que se otorguen lo serán con carácter precario, personal e intransferible, por un plazo máximo de seis meses, aunque pudiendo ser renovados (art. 11.1.2).

Es decir que, en atención a su carácter precario, personal e intransferible, el permiso conferido a José Emma, quien según se relata en la demanda falleciera en el año 1988, quedó extinguido con la muerte de dicha persona, sin que el actor tuviera derecho alguno a continuar la explotación en las condiciones en que lo ha hecho posteriormente.

En nada varía esta conclusión por la circunstancia de que el accionante haya efectivamente explotado el puesto de flores sin permiso, toda vez que ello contravenía las expresas disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones que se han citado, y



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

sabido es que una situación irregular, aún prolongada en el tiempo, no puede ser fuente de derecho alguno para quien la desarrolla (arts. 17, 18 y 1111, Código Civil).

Ello es particularmente así en el caso de la ocupación de bienes del dominio público, que son insusceptibles de ser adquiridos por usucapión (arg. art. 3951, Código Civil) y cuyo uso y goce por los particulares tiene lugar en las condiciones previstas por las leyes (art. 2341, Código Civil).

III. Cabe sin embargo preguntarse en este estado si el actor tenía derecho, no ya a continuar la explotación del puesto de flores que realizaba Emma, sino a obtener de la administración un permiso para explotarlo.

Al respecto, conviene examinar las normas nacionales y locales que consagran la protección de las personas con necesidades especiales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la CCABA, en su parte pertinente, *“La Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral”*.

Como se ha señalado, dicha norma resulta ser una aplicación de los principios de igualdad de oportunidades y de solidaridad expresados en el Preámbulo de la Constitución de la Ciudad (Sabsay, Daniel A. – Onaindía, José M., *La constitución de los porteños*, Errepar, Buenos Aires, 1997, p. 105). Como afirma Quiroga Lavié, se trata de poder atender las múltiples situaciones de desventaja o privación en que se encuentran las personas, que hace necesaria la acción del Estado con el objeto de prevenir, rehabilitar, capacitar, educar y lograr la integración social y laboral de los necesitados (Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 127).

A su vez, la ley 22.431 instituyó el Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas sin discapacidad (art. 1). La ley considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 2).

Por su parte, el artículo 11 de la ley citada establece que: *“El Estado Nacional, los entes descentralizados y autárquicos, las empresas mixtas y del Estado y la Municipalidad*

de la Ciudad de Buenos Aires están obligados a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa”.

En la esfera local la cuestión ha sido objeto de expresa regulación mediante la ordenanza 43.465 y los decretos 747/93 y 1553/97. Dichas normas requieren, para acceder al otorgamiento de espacios para pequeños comercios por parte de las personas discapacitadas, la acreditación de la discapacidad, y la inscripción en un registro especial (art. 7, decreto 1553/97). A su vez, la disposición n° 97-DGCyP-00, reglamentaria de este último decreto, estableció un procedimiento para la adjudicación de espacios del dominio público a los inscriptos en la lista de aspirantes, la que se realiza por acto público y por sorteo.

IV. Establecido ello, cabe indagar si el actor cumple los requisitos para acogerse a los beneficios establecidos por la normativa citada, y en especial para obtener la adjudicación por parte de la Ciudad de un espacio para pequeños comercios.

Sobre el punto, debe señalarse que si bien no se encuentra discutido en autos que el actor es discapacitado visual (ver al respecto la copia del certificado de discapacidad de fs. 29), no ha invocado ni acreditado, en cambio, haber cumplido con los restantes requisitos previstos en las normas mencionadas, y particularmente –como lo señala la sra. Fiscal de Cámara- con la inscripción en el registro previsto en el art. 7 del decreto 1553/97.

Al respecto cabe recordar que el derecho se presume conocido por todos (art. 20, Código Civil), razón por la cual el error de derecho no puede ser útilmente invocable (art. 923, Código citado). Se trata de un principio de larga prosapia jurídica, originado en Roma con el adagio *error ius nocet*, y recogido en nuestra legislación civil a través de la obra de Savigny y del Esboço de Freitas. Es que, como dice Rivera, ningún sistema jurídico resistiría que los sujetos de derecho pretendiesen excusarse afirmando que desconocían las normas jurídicas, o que estaban errados sobre su contenido (Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 766).

Es decir que si las normas vigentes establecen un determinado mecanismo para acceder al beneficio pretendido por el actor, a él debería haber acudido Carlos Víctor Caballero, sin que pueda invocar su desconocimiento del mismo, por lo que no puede este pretorio suplir su inactividad al respecto y suplantar a la administración en el otorgamiento del permiso en cuestión.

Es que si bien, como queda dicho, resulta indudable que el actor es merecedor de la tutela reconocida constitucionalmente a las personas con necesidades especiales, cabe recordar, con la sra. Fiscal de Cámara, que los derechos consagrados en la Constitución se ejercen de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN), y que, en el caso, el actor no ha tildado de inconstitucionales dichas normas reglamentarias –esto es, el decreto 1553/97 y la disposición n° 97-DGCyP-00-.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por todo ello, cabe concluir que la conducta de la administración, en cuanto retiró el puesto de flores explotado irregularmente por el accionante, se ajustó a derecho y no trasunta arbitrariedad ni ilegitimidad ningunas.

V. Lo hasta aquí dicho no habrá sin embargo de conducir sin más al rechazo de la demanda.

En efecto, si bien en el escrito de inicio el actor solicitó que se le restituya el puesto de flores y se lo autorice a explotarlo (fs. 83), se refirió también, en reiteradas oportunidades, a la demora en que habría incurrido la administración en tramitar los sucesivos pedidos que realizara en ese sentido, sin que a la fecha se hubiera adoptado ninguna decisión al respecto (fs. 81, 82 y 82 vta.). Asimismo, afirmó que la arbitrariedad del proceder de la accionada radica, entre otras cosas, en *“la mora y la falta de diligencia en tratar de encontrar el mecanismo necesario para otorgarme la habilitación y el permiso”* (fs. 82 vta.).

Tales circunstancias, sumadas al hecho de que tanto al describir el objeto de la acción (fs. 80) cuanto al formular el petitorio (fs. 83) el actor se limita a solicitar que se haga lugar a la acción de amparo, autorizan a afirmar –en una interpretación amplia que viene impuesta por el principio *pro actione*- que la demanda incluye también, en forma subsidiaria a la pretensión antes analizada –la reinstalación del puesto y la autorización para explotarlo- la solicitud de que se ponga fin a la mora de la administración en resolver las peticiones del actor, lo cual, ante la ausencia de su tratamiento en primera instancia, debe ser abordado por este Tribunal (arg. art. 248 CCyT, aplicable a la especie teniendo en cuenta que, al haberse acogido en aquella sede su pretensión principal, el accionante carecía de interés en apelar la sentencia de grado).

VI. Conviene recordar, al respecto, que este Tribunal ha señalado anteriormente que el amparo por mora es una acción tendiente a obtener una orden judicial de pronto despacho que puede deducir quien reviste la condición de parte en un procedimiento administrativo, cuando el órgano competente ha dejado vencer los plazos fijados o, en ausencia de éstos, ha transcurrido un plazo que excede pautas temporales razonables sin dictar el acto que corresponda (esta Sala, *in re* “Skurnik, Carlos Marcelo c/ G.C.B.A.-Dir. Gral. de Fiscalización de Obras y Catastro- s/ Amparo”, del 12/6/01; “Carnraces S.R.L. – Radio Taxi Okey c/ G.C.B.A s/ Amparo”, EXP n° 3519).

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha establecido que el derecho a peticionar *“no se agota en el mero acto de su ejercicio por parte del interesado, sino que exige una respuesta de la administración. Por ende, frente a aquel derecho, se sitúa la obligación de responder, lo que no significa que la Administración deba pronunciarse en uno u otro*

sentido, sino tan sólo que debe expedirse de manera fundada” (CNCiv. Sala H, *in re* “Iwai de Nakatsuno Chieko c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, del 5/XII/97).

VII. El examen de las constancias de autos, y en particular de las actuaciones administrativas traídas *ad effectum videndi* permite constatar la existencia de una flagrante situación de morosidad de la administración en resolver los sucesivos pedidos que presentara el accionante a fin de que se le permitiera explotar el puesto de flores. Así, las actuaciones administrativas de referencia fueron iniciadas por nota n° 002150/DGVH/2000, el 7 de enero de 2000 (fs. 1 vta.), sin que a la fecha –esto es, más de tres años después- se haya adoptado decisión alguna. Es más, se observa que en todo ese período temporal prácticamente no se ha realizado acto alguno en ese expediente, pese a haber solicitado el accionante pornto despacho (fs. 38).

Por toda justificación de esa situación, la demandada se refiere, en la nota de fs. 42 de las actuaciones administrativas, *“al cúmulo de actuaciones existentes, a los cambios de autoridades, reestructuraciones administrativas, y las diferentes directivas emanadas de la superioridad con relación a la firma y trámite de actuaciones en general”*.

Ello así, y resultando evidente la existencia en la especie de mora administrativa, la cual ha sido reconocida por la propia demandada en la nota reseñada, corresponde hacer lugar a la acción en este punto.

VIII. Cabe agregar a lo ya dicho que al derecho que el actor tiene de petitionar a las autoridades y obtener un pronunciamiento fundado que resuelva su solicitud, se agrega en el caso su especial condición de discapacitado visual, lo cual obliga a la accionada a tratar su petición con especial deferencia, en virtud de la protección legal y constitucional de la que gozan las personas con necesidades especiales (art. art. 42, CCABA; ley 22.431; ordenanza 43.465, y decretos 747/93 y 1553/97). Conviene recordar, en tal sentido, que como queda dicho esas normas establecen la obligación para el Estado local de otorgar en concesión a las personas para discapacidad espacios para pequeños comercios (art. 11, ley 22.431, según ley 24.308).

A ello cabe agregar que, en virtud del principio del informalismo (art. 22 inc. “c”, LPACABA), deberá la administración, en su caso, reencausar la petición del actor en el sentido dispuesto por las normas aplicables, a efectos de dar respuesta urgentemente a la situación planteada.

DISIDENCIA DEL DR. BALBIN

I. El actor, discapacitado visualmente, relató en su demanda que se desempeñó durante largo tiempo como ayudante del sr. José Emma, titular de un puesto de venta de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

flores en la calle Uruguay 495 de esta Ciudad. Agregó que desde la muerte del sr. Emma se hizo cargo, de hecho, de la explotación de dicho puesto, sin perjuicio de lo cual realizó diversos pedidos a la administración a efectos de que se procediera a otorgarle habilitación para realizar dicha explotación, que resultaron infructuosos. Luego de varias contingencias, el día 3/10/2001, le fue retirado el puesto por personal del Gobierno de la Ciudad.

Ante ello, el accionante inició el presente amparo, invocando la demora de la administración en resolver las diversas peticiones que presentara y solicitando se le restituya el puesto de flores y se lo autorice expresamente a ejercer la actividad de venta de flores y plantas en el mismo (fs. 83).

La sentencia recaída en la anterior instancia hizo lugar a la acción de amparo y en consecuencia ordenó a la administración que adopte las medidas necesarias a fin de que el amparista pueda desarrollar su trabajo de venta de flores en el lugar en que lo hacía, hasta tanto se proceda a adjudicarle otro sitio en las condiciones que establece la normativa vigente. Para así decidir, consideró la *a quo* que el derecho del actor a trabajar se ve, en el caso, reforzado por la discapacidad que padece –lo que torna aplicable la especial protección que dimana del artículo 42 de la CCABA y de la ley 447-, y por la circunstancia de haber el accionante ocupado el puesto, aún sin habilitación, durante largos años. Ello, sumado al hecho de que “*la demandada no ha dado razones contundentes que impidan la venta de flores en la esquina en cuestión*”, llevó a la juzgadora a acoger la pretensión amparista.

Lo decidido motiva la apelación de la accionada, a tenor de los agravios que vierte en su memorial.

II. De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la CCABA, en su parte pertinente, “*La Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral*”.

Como se ha señalado, dicha norma resulta ser una aplicación de los principios de igualdad de oportunidades y de solidaridad expresados en el Preámbulo de la Constitución de la Ciudad (Sabsay, Daniel A. – Onaindía, José M., *La constitución de los porteños*, Errepar, Buenos Aires, 1997, p. 105). Como señala Quiroga Lavié, se trata de poder atender las múltiples situaciones de desventaja o privación en que se encuentran las personas, que hace necesaria la acción del Estado con el objeto de prevenir, rehabilitar, capacitar, educar y lograr la integración social y laboral de los necesitados (Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 127).

A su vez, cabe recordar que como lo ha señalado anteriormente este Tribunal, el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual (conforme artículo 19 de la Constitución Nacional). Esta autonomía consiste básicamente en la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida. De allí que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllas no se torne ilusorio (Esta Sala, autos “Pérez, Víctor Gustavo y otros c/ GCBA s/ Amparo”, expte. n° 605, del 26/01/01).

III. Sentado ello, debe ponerse de resalto que la ley 22.431 instituyó el Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas, *“tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales”* (art. 1). La ley considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 2).

Por su parte, el artículo 11 de la ley citada establece que el Estado Nacional, los entes descentralizados y autárquicos, las empresas mixtas y del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires están obligados a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa.

En la esfera local la cuestión ha sido objeto de expresa regulación mediante la ordenanza 43.465 y los decretos 747/93 y 1553/97. Dichas normas requieren, para acceder al otorgamiento de espacios para pequeños comercios por parte de las personas discapacitadas, la acreditación de la discapacidad, y la inscripción en un registro especial (art. 7, decreto 1553/97). A su vez, la disposición n° 97-DGCyP-00, reglamentaria de este último decreto, estableció un procedimiento para la adjudicación de espacios del dominio público a los inscriptos en la lista de aspirantes, la que se realiza por acto público y por sorteo.

IV. Así establecido el marco normativo aplicable, cabe señalar que no se encuentra discutido en autos que el actor es discapacitado visual (ver al respecto la copia del certificado de discapacidad de fs. 29), que desde el año 1988 explotó personalmente el puesto de venta de flores ubicado en la calle Uruguay 495 de esta Ciudad, y que desde entonces hasta la fecha realizó múltiples y reiteradas presentaciones ante la administración solicitando se le otorgue el permiso de explotación del puesto (ver en tal sentido las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

presentaciones de fs. 38, 39, 41, 44, 53 y 61, reservadas en Secretaría), las que nunca merecieron un pronunciamiento del Estado.

Particularmente significativo en ese sentido resulta el examen de las actuaciones administrativas traídas *ad effectum videndi*, de donde surge una flagrante situación de morosidad de la administración en resolver los sucesivos pedidos que presentara el accionante a fin de que se le permita explotar el puesto de flores. Así, las actuaciones administrativas de referencia fueron iniciadas por nota n° 002150/DGVH/2000, el 7 de enero de 2000 (fs. 1 vta.), sin que a la fecha –esto es, más de tres años después- se haya adoptado decisión alguna. Es más, se observa que en todo ese período temporal prácticamente no se ha realizado acto alguno en ese expediente, pese a haber solicitado el accionante pronto despacho (fs. 38).

Por toda justificación de esa situación, la demandada se refiere, en la nota de fs. 42 de las actuaciones administrativas, “*al cúmulo de actuaciones existentes, a los cambios de autoridades, reestructuraciones administrativas, y las diferentes directivas emanadas de la superioridad con relación a la firma y trámite de actuaciones en general*”.

Asimismo, no se encuentra discutido que el día 3 de octubre de 2001 la administración procedió a retirar el puesto de flores de propiedad del accionante, tal como surge de la constancia obrante a fs. 3 del Registro 137/DGHP/2002, donde se indica que ello se hizo “*por orden superior*” y “*por carecer de permiso y habilitación*”.

V. Resumiendo lo hasta aquí expuesto, cabe señalar que: a) el actor es discapacitado visual, y como tal le resulta aplicable la normativa analizada en los considerandos II y III que establece el deber de la Ciudad de otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios; b) el accionante ha explotado de hecho el puesto de venta de flores desde el año 1988; c) el actor ha realizado sucesivos e infructuosos pedidos a la administración para que se procediera a otorgarle permiso de explotación del puesto en cuestión.

Así las cosas, resulta claro que asiste razón al accionante en cuanto a que la cuestión reviste arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, pues vulnera tanto la Constitución de la Ciudad como las normas infraconstitucionales que se han citado, privando al accionante de modo arbitrario de su derecho a que se le otorgue un espacio para explotar un pequeño comercio.

No ignora el Tribunal que, a efectos de acceder a dicho permiso, existen una serie de condiciones reglamentarias –inscripción en la lista de aspirantes y sorteo por acto público- que el actor no acreditó haber cumplido. Sin embargo, ello no puede llevar sin más al rechazo de la demanda, toda vez que el principio del informalismo a favor del administrado (art. 22 inc. “c”, LPACABA), así como la especial protección legal y constitucional de que gozan las personas con necesidades especiales, obligaba a la

administración a reencauzar las peticiones del actor a fin de cumplir con el mandato normativo. La omisión de actuar en tal sentido por parte de la demandada no puede entonces perjudicar al accionante, pues sostener lo contrario -teniendo en cuenta la reiteración y antigüedad de las presentaciones del actor, así como el hecho de que la explotación del puesto por su parte se prolongó durante 16 años- importaría hacer prevalecer lo formal por sobre lo sustancial, vaciando de contenido a las disposiciones de rango constitucional que protegen a las personas con discapacidad.

Por ello, resulta ajustado a derecho lo resuelto por la *a quo*, en el sentido de disponer que, hasta tanto se proceda a adjudicar al amparista otro sitio en las condiciones que establece la normativa vigente, la administración deberá adoptar las medidas necesarias a fin de que el amparista pueda desarrollar su trabajo de venta de flores en el lugar en que lo hacía.

VI. Todo ello habrá de conducir al rechazo de la apelación, y la confirmación de la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, y oída la sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal RESUELVE: Hacer lugar parcialmente a la apelación, y en consecuencia: 1) Dejar sin efecto la sentencia recurrida en cuanto dispone ordenar a la administración que adopte las medidas necesarias a fin de que el amparista pueda desarrollar su trabajo de venta de flores en el lugar en que lo hacía, y 2) Ordenar a la demandada que en el plazo de diez (10) días dé respuesta fundada (positiva o negativa) a las peticiones que el actor formulara en dicha sede para que se lo habilite a ejercer la actividad de venta de flores en la vía pública. Costas por su orden en ambas instancias (art. 65, CCAT). Notifíquese, y a la sra. Fiscal de Cámara en su despacho.

Carlos F. Balbín
(en disidencia).

Horacio G. A. Corti

Esteban Centanaro