

EXP-16285/1 “Alvarez, Jorge Alberto c/ GCBA s/ medida cautelar”, del 17/02/2006.-

Voces: Medida cautelar autónoma - Requisitos - Artículo 178 del CCAyT - Sistema de protección integral de personas discapacitadas - Leyes Nº 22.431, 24.308 y 25.635 - Decreto Nº 1553/GCBA/97 - Permiso de ocupación, uso y explotación.

**ALVAREZ JORGE ALBERTO CONTRA GCBA SOBRE MEDIDA CAUTELAR” ,
EXPTE: EXP 16285 / 1**

Buenos Aires, 17 de febrero de 2006.

Y VISTOS: Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto en subsidio por la actora a fs. 271/272 –cuyo traslado fue contestado por la demandada a fs. 276/277-, contra la sentencia de grado obrante a fs. 264/266 que rechazó la medida cautelar solicitada. A fs. 283/284 dictaminó la señora Fiscal de Cámara propiciando se desestime el recurso de apelación incoado.

I.- El accionante solicitó una medida cautelar autónoma contra el GCBA –Dirección General de Cooperadoras y Comedores Escolares (DIGICOES), Dirección General de Concesiones y Privatizaciones y Asociación Cooperadora de la Escuela Normal Superior en Lenguas Vivas “Sofía B. Spangenberg”-, a fin de que se disponga la suspensión del desalojo de las instalaciones que el requirente explota en el mencionado establecimiento educativo. Puso de manifiesto que el decreto nº 300/94 derogó el decreto nº 5956/90, reglamentario de la ley 24.308 – mediante el que se regularizaron las actividades comerciales que personas discapacitadas venían desarrollando en la zona aledaña a Plaza Once-. Así fue que, la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en cumplimiento de la ley citada comenzó a reubicar a las personas afectadas por el decreto nº 300/94. Fue como consecuencia de la mencionada reubicación que –según alega el peticionante- se le concedió la explotación del servicio de buffet-kiosco en el colegio citado en el párrafo anterior. Señaló que a fines del año 2004, la Asociación Cooperadora demandada inició un procedimiento licitatorio para adjudicar la explotación que él detentaba. Expuso que si bien participó en dicho proceso, lo hizo con la creencia de que se harían valer sus derechos reconocidos por la ley 24.308 y disposiciones reglamentarias. Agregó que el 31 de marzo de 2005 la Cooperadora le solicitó la entrega de las instalaciones el día 29 de abril del corriente año.

II.- Tal como lo ha puesto de relieve anteriormente este Tribunal, el ordenamiento procesal local ha previsto expresamente el dictado de medidas cautelares autónomas. En efecto, el artículo 178 CCAyT establece que –salvo disposición legal en contrario- las providencias precautorias pueden ser solicitadas antes, simultáneamente, o después de interponer la demanda (esta Sala, in re “Vía Pública Clan S.A. c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar”, expte. 485/00; id., “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar”, expte. nº 161/00). Aclarado ello, corresponde señalar que 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. nº 7; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar, expte. nº 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”, expte. nº 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. A su vez, el art. 189, CCAT, establece específicamente que las partes pueden solicitar la suspensión de un acto, hecho o contrato administrativo cuando: 1) su ejecución pudiera causar graves daños al particular, en tanto de la suspensión no derive grave perjuicio para el interés público, y 2) ostentara una ilegalidad manifiesta o su ejecución tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión.

III.- Por otra parte, es oportuno señalar que el dictado de las medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido; aún más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (CSJN, doct. De Fallos: 316:2060, entre otros precedentes).

IV.- Sentado lo anterior, corresponde adentrarse al estudio de la verosimilitud del derecho y, para ello, resulta necesario analizar la normativa aplicable. Ante todo, cabe destacar que el artículo 42 de la Constitución local 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.” A su vez, la ley nacional nº 22.431 instituyó “...un 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. 1º). La citada ley fue modificada por la nº 24.308 y la nº 25.635, en virtud de las que el Estado Nacional, los entes descentralizados y autárquicos, las empresas mixtas y del Estado “están obligados a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa” (art. 11, 1º párrafo). Asimismo, determina que “Será nula de nulidad absoluta la concesión adjudicada sin respetar la obligatoriedad establecida en el presente artículo” (art. 11, 3º párrafo). De conformidad con la normativa precitada, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dictó el decreto nº 1553/GCBA/97 (modif. por decreto nº 218/03). El art. 1º de dicha norma creó, en el ámbito de la Secretaria de Promoción Social, el Registro de Aspirantes a Explotar los Espacios para Pequeños Comercios referidos en el art. 1º de la Ley 24.308, con ámbito de aplicación en el GCBA. Además, el art. 2º creó en el ámbito de la Dirección de Concesiones y Privatizaciones un registro de dependencias pertenecientes al dominio público de la Ciudad de Buenos Aires que cumplan con las condiciones requeridas por el decreto nº 795/PEN/94. Se autorizó a esta misma Dirección a suscribir los contratos de concesión para la explotación comercial de los espacios determinados en el decreto (art. 4º). Por su parte, el artículo 7º dispone dos condiciones para acceder a la suscripción de los convenios: a) que se haya acreditado la discapacidad (estableciendo una prioridad para el caso de personas ciegas o disminuidas visuales) y b) que estén inscriptos en el registro creado por el art. 1º de este decreto. Así pues, conforme las normas reseñadas, se estableció una prioridad a favor de las personas discapacitadas que hayan acreditado su condición, respecto de la adjudicación de concesiones para la explotación de espacios para pequeños comercios en el ámbito de la Administración local.

V.- Ahora bien, la demandada ha reconocido expresamente la condición de discapacitado del actor en la resolución nº 49.557 (obrante a fs. 257/258). Esta dispone expresamente que “Artículo 1º - El Departamento Ejecutivo implementará las medidas necesarias para que a través de los organismos competentes, en el término de cinco (5) días de recibida la presente se dé efectivo cumplimiento en

toda la extensión de su jurisdicción a lo prescripto por la Ley nº 24.308 B.O. 18/1/94 A.D. 400.5, con relación a las siguientes personas discapacitadas que habiendo sido incluidas en el Anexo I del Decreto Municipal nº 300/94 aún no han sido reubicadas...6) Jorge Alvarez...” Asimismo, el recurrente adjuntó –tal como exige el art. 3º de la ley nº 22.431- una certificación de su discapacidad expedida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (fs. 29). En ella consta que el Señor Jorge Alvarez padece “TBC ósea – artrodesis cadera izq. Tiempo de evolución 22 años...Discapacidad: Permanente”.

VI.- Por otra parte, obran en el expediente, constancias que demuestran que el accionante tiene un permiso de ocupación, uso y explotación –de carácter eminentemente precario- del buffet, cantina y kiosco ubicado en las instalaciones del centro educativo desde al menos el año 1995 (fs. 37, 46/52, entre otras piezas). A ello, cabe agregar que la Procuración General de la Ciudad, a fs. 79/82, consideró que “hasta tanto se de cumplimiento al temperamento aconsejado a través del dictado del acto administrativo respectivo (consistente en la sanción de un decreto que implemente la forma de autorizar y reglamentar los medios para que las Asociaciones Cooperadoras, en primera instancia, por sí, o por otros, sean autorizadas para la ocupación, uso y explotación de los sectores afectados a buffet, cantina y/o kiosco en la Escuela) resulta conveniente mantener la situación imperante en la actualidad...”. Es más, con posterioridad, ante una consulta de la Dirección General de Concesiones y Privatizaciones, la Procuración General (fs. 91/92) sugirió que –en lugar de un decreto- se sancione una ley que regule el tema y que, además, ésta derogue expresamente las disposiciones anteriores que se opongan a ella.

VII.- Por las consideraciones vertidas en los considerandos precedentes, este Tribunal considera que existe una verosimilitud en el derecho referido a la prestación del servicio de buffet, cantina y/o kiosco que venía desarrollando en la Escuela Normal Superior en Lenguas Vivas “Sofía B. Spangenberg”. Ello, en atención a su carácter de discapacitado, a la normativa señalada que le otorga amplia protección y preferencia en la concesión de espacios para pequeños comercios, y a la prueba analizada, todas ellas circunstancias que estarían avalando -dicho esto con la provisionalidad propia de las medidas cautelares- en cierta forma los dichos del accionante.

VIII.- En lo que se refiere al periculum in mora, éste encuentra sustento en la intimación a desalojar efectuada por la Asociación Cooperadora respecto del espacio destinado a buffet, cantina y kiosco que detentó el accionante hasta el dictado de la sentencia de primera instancia y que constituía su fuente de trabajo. La circunstancia descrita hace necesario suspender dicha intimación. En conclusión, el peligro en la demora tiene fundamento en que el actor podría perder su fuente de ingresos ante la posibilidad de ser desalojado del predio cuya explotación viene detentando desde hace aproximadamente una década.

IX.- Además de lo expuesto, esta Alzada no advierte que, en el supuesto de autos, el otorgamiento de la medida cautelar solicitada acarree un “grave perjuicio para el interés público” –exigido por el art. 189– que aconseje adoptar una solución contraria a la propuesta, máxime cuando el actor –como ya se dijo- desde hace aproximadamente diez años detenta la ocupación, uso y explotación del comercio que se pretende desalojar.

X.- Por último, a fin de garantizar los posibles perjuicios que pueda generar a la Administración demandada esta decisión, a criterio del Tribunal, se muestra como garantía suficiente que el actor preste caución juratoria, la que se entiende implícita en el pedido de la medida cautelar que originó estos actuados. XI.- En lo que se refiere a las costas de la Alzada, cabe destacar que se encuentran configurados los presupuestos que aconsejan que aquéllas sean distribuidas en el orden causado (arg. art. 62, segundo párrafo, CCAyT). Ello, con sustento en la diversidad de normas que regulan la cuestión, circunstancia que –al menos en esta etapa del proceso y con respecto a este incidente (art. 63, CCAyT)- pudo haber creado en ambas partes la convicción de que les asistiría la razón.

Por lo expuesto, oída la señora Fiscal de Cámara, este Tribunal RESUELVE: 1) Revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, conceder la medida cautelar peticionada, esto es, la suspensión de la intimación a desalojar. 2) Las costas de la Alzada se imponen en el orden causado. Se deja constancia que el Dr. Esteban Centanaro no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. Regístrese. Notifíquese a la Señora Fiscal de Cámara en su despacho. Devuélvase, encomendándose al tribunal a quo el cumplimiento de las restantes notificaciones.
Carlos F. Balbín Horacio G. Corti