

Expte. **“ESQUIVEL PIZARRO LADEMIR DE LA CRUZ CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”**, sentencia del 3/4/2008

Voces: Acción de amparo. Venta ambulante de baratijas (no alimentos). Procedencia

EXPTE: EXP 24309 / 0 “Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo”

Buenos Aires, 3 de abril de 2008.

Y VISTOS: Estos autos, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 44/45), contra la resolución de fs. 40/41, por medio de la cual el señor juez de primera instancia rechazó la acción de amparo incoada. A fs. 51/51 vta. dictaminó la Sra. Fiscal de Cámara.

I.- A fin de ingresar al tratamiento de los agravios planteados por el accionante, es necesario recordar que, tal como este Tribunal destacó al momento de resolver la medida cautelar en su momento solicitada por el amparista, el actor no se dedica a la venta ambulante de productos alimenticios. Por el contrario, el accionante afirmó en autos que la actividad que desarrolla consiste en la comercialización en la vía pública de objetos tales como medias, camisetas, ojotas, gorros, etc. y, por su parte, esta afirmación no ha sido objeto de demostración en contrario por parte de la demandada.

II.- En segundo término resulta relevante recordar, de manera sintética, cuál el régimen jurídico que resulta aplicable a la cuestión traída a conocimiento del Tribunal. Así, cabe señalar que, por intermedio de la Ley N° 1166, el legislador local modificó el Código de Habilitaciones y Verificaciones —en lo referente a la elaboración y expendio de productos alimenticios y/o su venta ambulante en la vía pública—. Así, la norma citada derogó los capítulos 11.1., 11.3. y 11.10 del mencionado Código y, en su lugar, se ocupó de regular la venta ambulante por cuenta propia, la venta ambulante por cuenta de terceros, la elaboración y expendio de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas por cuenta propia, la ocupación y/o uso de la superficie de bienes del dominio público, y los puestos de venta ambulante. Asimismo, la nueva legislación creó un registro de postulantes para permisos de uso. Así, en el artículo 11.1.2. del citado Código se prohíbe “la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios, en el Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso, en los términos detallados en la presente Sección”. Por su parte, el art. 11.1.6. estableció las siguientes modalidades para el desarrollo de las actividades comerciales comprendidas en el espacio público: “a) Elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios, en ubicaciones fijas y determinadas de los puestos móviles y semimóviles; b) Expendio ambulante por cuenta propia; c) Expendio ambulante por cuenta de terceros”. A su vez y en sentido complementario, el Decreto N°612/04 (conforme texto Art. 1° del Decreto 2.198/004, BOCBA 2088 del 15/12/2004), reglamentario en este aspecto del Código de Habilitaciones y Verificaciones, dispone, en lo pertinente, que “quedan definidas las modalidades de venta como: a) elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas en puestos móviles y semimóviles: es la venta que se realiza por cuenta propia con ubicación fija y determinada, pudiendo contemplar la elaboración de emparedados. Expendio ambulante por cuenta propia: es la venta que se realiza sin ubicación fija e inamovible, pero en todos los casos dentro de un área determinada. Puede efectuarse por medio de triciclos o carritos; b) Expendio ambulante

y en ubicaciones fijas y determinadas, por cuenta de terceros: es la venta que se realiza en un área determinada, en puestos móviles o semimóviles, o a través de triciclos o carritos”.

III.- A esta altura del desarrollo normativo corresponde señalar que, a criterio del Tribunal y tal como surge expresamente de los términos de las normas transcriptas, las tres modalidades de venta reglamentadas en el Código se refieren, en todos los casos, a la comercialización de productos alimenticios y, en consecuencia, no alcanzan a la venta de otros bienes o productos. En efecto, confirma esta conclusión lo dispuesto en los arts. 11.1.16 y 11.1.18 del Código en cuanto señalan respectivamente que, en relación con todas estas modalidades, “los permisionarios/as deben observar en su indumentaria y elementos de trabajo las pautas que garanticen la correcta higiene, tanto en la manipulación de los alimentos, como en el aspecto personal” y, a su vez, que “queda expresamente prohibido: 1) el fraccionamiento de cualquiera de las bebidas cuya comercialización se autoriza; 2) El expendio de bebidas alcohólicas de cualquier tipo y/o graduación, cualquiera sea su envase; 3) el fraccionamiento de aderezos, que deberán ser de uso único e individual, conforme lo establece la Ley N° 246, B.O.C.B.A. N° 812”. Asimismo y en idéntico sentido, si se analizan el capítulo 11.2. que se refiere a la modalidad de venta “Elaboración y Expendio de Productos Alimenticios por Cuenta propia en Ubicaciones Fijas y Determinadas”, y el Capítulo 11.3. que regula la modalidad “Venta Ambulante por Cuenta propia” se llega a la misma conclusión: el legislador solamente se ha ocupado de regular la actividad de venta en la vía pública de productos alimenticios. Así, por ejemplo, el art. 11.3.3. del Código dispone que “se autoriza la venta ambulante de los siguientes artículos: maní en su vaina, descascarado, tostado o sin tostar, castañas, garrapiñadas, manzanas brillantadas, higos, azúcar hilada, pochoclo, barquillos, fruta desecada, descascarada, tostada y seca”. A su vez, el art. 11.3.6. determina que “queda prohibida la elaboración de productos en el lugar y la preparación para el consumo de alimentos por los/as permisionarios/as y/o ayudantes/as. Puede terminarse de elaborar a la vista solamente maníes, castañas, garrapiñadas, manzanas brillantadas, higos y azúcar hilada”. Por su parte, el Capítulo 11.10 hace referencia a la “Venta Ambulante y en ubicaciones fijas y determinadas por cuenta de Terceros” y si bien, al igual que en los otros casos, en el título no lo aclara, de la lectura integral de las normas que conforman este último capítulo también se desprende claramente que se refiere exclusivamente a la comercialización —bajo esta modalidad— de productos alimenticios. En tal sentido, el art. 11.10.1 dispone, por ejemplo, que “la venta de agua y bebidas sin alcohol, helados, infusiones y emparedados calientes de salchicha tipo Viena, se permite en áreas determinadas, únicamente a elaboradores/as, concesionarios/as o distribuidores/as del producto, constituidos éstos como empresas o cooperativas, quienes deben solicitar el permiso de uso a su nombre. Para el caso de emparedados calientes de salchichas tipo Viena, sólo se permitirá por cada permiso un mínimo de cinco (5) unidades y un máximo de hasta veinte (20) unidades destinadas a la venta del producto...”.

IV.- Por otro lado es necesario hacer notar que también el Decreto N° 612/04 se circunscribe a reglamentar, en los términos del Código, la venta en la vía pública de productos alimenticios. En efecto, en sus considerandos dicha norma expresamente declara que “el presente Decreto reglamentario ha sido elaborado con el objeto de garantizar el control de la higiene y la calidad de los productos que se ofrecen en la vía pública” y luego agrega que “tiene como objetivo ordenar el expendio de alimentos en la vía pública mediante el otorgamiento de permisos...”. En sentido concordante los fundamentos también señalan que “se utilizó para la elaboración del presente Decreto lo

normado en el código Alimentario Nacional, texto vigente, contemplándose asimismo el Código de Habilitaciones y verificaciones en lo que hace a la materia”.

V.- Pues bien, descriptas en el considerando precedente las normas directamente aplicables a la situación de autos, también es necesario hacer referencia a otras previsiones que, a nuestro entender, resultan relevantes para resolver la cuestión aquí debatida. Así, el capítulo 11.5. del Código de Habilitaciones y Verificaciones establece que “La venta en vía pública sin permiso, será pasible de una multa, equivalente a 500 litros de nafta común” (art. 11.5.2.). A su vez, la ley n° 1472 —que aprueba el Código Contravencional— dispone en su artículo 83 que “(n)o constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria”. De esta forma, y de acuerdo con los términos expresos de la norma transcrita precedentemente, es claro que el Código Contravencional no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia. En tal sentido, en el debate parlamentario de esta última norma —de donde puede extraerse la intención que tuvieron los legisladores al sancionar la ley— se dejó asentado que “(t)uvimos la preocupación tanto en la parte general como en la especial de dejar a salvo todas aquellas formas de subsistencia o de mera subsistencia, y por si esto fuera poco plantearnos el principio de insignificancia como una garantía de que la función del Estado en relación con estas conductas iba a tener un límite infranqueable...” (8ª Sesión Esp., Cont., 23/9/2004, p. 118). Es decir que la venta de mera subsistencia fue expresamente tenida en mira por el legislador local, con independencia del carácter de baratija asignable o no a los objetos en venta.

VI.- Así las cosas, y de conformidad con el contexto normativo antes descripto, este Tribunal considera posible sostener, en tanto no ha sido objeto de demostración en contrario, que más allá de que existe una dificultad interpretativa entre, por un lado, las disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones y, por el otro, el Código Contravencional, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la venta de productos alimenticios en la vía pública se encuentra expresamente prohibida salvo que, a tal efecto, se obtenga un permiso de uso en los términos detallados en el Capítulo 1.11 del Código de Habilitaciones y Verificaciones. Sin embargo, y también de acuerdo con el marco legal previamente detallado, tal prohibición no resulta extensible, sin embargo, a la venta de baratijas cuando, además, esa actividad constituye una venta de mera subsistencia.

VII.- Así las cosas, de lo hasta aquí dicho surge claramente que el Estado local no ha establecido aún un régimen para los permisos para vender en forma ambulante artículos de mera subsistencia. A su vez, como ya se ha dicho en otras oportunidades, por principio general los derechos reconocidos por la Constitución se ejercen de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14, C.N. y 80 inc. 1 CCABA), siendo esta facultad —la de reglamentar los derechos tutelados en la Constitución— una potestad exclusiva del Poder Legislativo. Por su parte, si bien el Estado puede reglamentar los derechos constitucionalmente reconocidos a los individuos, tal facultad encuentra su límite en la prohibición de alterar la sustancia de tales derechos (artículo 28, Constitución Nacional); es decir, la reglamentación debe ser razonable, en el sentido de que el medio escogido para alcanzar el fin perseguido por la norma debe guardar proporción y aptitud suficientes con ese fin (Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución reformada, 1998, t. I, p. 517). Pues bien, toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas

en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como “de mera subsistencia”, es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue —en el caso, el derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular.

VIII.- Por otro lado, a esta altura del desarrollo argumental también es necesario considerar que no ha sido motivo de debate en autos que la calidad, cantidad y tipo de los productos ofertados por el amparista pueden ser encuadrados bajo el concepto de “baratijas” en razón de su escaso valor pecuniario. Asimismo, también corresponde tener en cuenta que la demandada tampoco ha cuestionado la afirmación del actor en cuanto a que la actividad que realiza responde al concepto de “venta de mera subsistencia”. En efecto, ha quedado debidamente acreditado en autos que el amparista se aloja en la habitación de un hotel con su hija menor a quien tiene a cargo. A su vez, tampoco ha sido objeto de debate que por “mera subsistencia”, debe entenderse —en principio— a aquellas actividades que alcanzan para satisfacer las necesidades básicas, propias y de la familia a su cargo, en los términos que se infieren del debate parlamentario del código contravencional y tal como fuera puesto de relieve por la jurisprudencia del fuero contravencional (Causa N° 249-00-CC/2005 “More Castillo, Rosario s/ inf. al art. 83 CC- Apelación “, sentencia del 19/9/2005, entre muchas otras).

IX.- Pues bien, todo ello resulta suficiente, a criterio del Tribunal, para demostrar que el actor se dedica a la venta ambulante de productos no alimentarios para subsistir y, en tal caso, la prohibición regulada en la Ley N° 1166 y en el Código de Habilitaciones y Verificaciones para la venta ambulante sin obtención de permiso no le resulta aplicable. En ese contexto y teniendo en cuenta, además, que la actividad desarrollada —venta de medias, camisetitas, ojotas, gorros, etc.— no pone en riesgo la salud pública, corresponde hacer lugar a la acción de amparo incoada y, en consecuencia, ordenar al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en la medida en que ésta consista en la venta de los productos antes mencionados —o similares— con sustento en la inexistencia de habilitación, ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso. Por ello, y oída la señora Fiscal de Cámara, el Tribunal, RESUELVE: 1) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el accionante, revocar el pronunciamiento apelado y, en consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo incoada, ordenando al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en tanto ésta consista en la venta de los productos antes mencionados —o similares— con sustento en la inexistencia de habilitación, ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso; 2) imponer las costas en ambas instancias por su orden, en atención a que, como se puso de resalto, la cuestión debatida es de difícil interpretación (art. 14 CCABA). Regístrese, notifíquese a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho y devuélvase, encomendándose el cumplimiento de las restantes notificaciones al tribunal de grado, conjuntamente con la providencia que haga saber la devolución de los autos. Se deja constancia de que el Dr. Esteban Centanaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Dr. Carlos F. Balbín Dr. Horacio G. A. Corti