

Expte. “**Trinait SA c/ GCBA**”, pronunciamiento del 26/10/2007

Voces: Acción de amparo. Venta de bebida alcohólica. Caducidad de la instancia.

1ª Instancia.— Buenos Aires, octubre 26 de 2007.

Considerando: El estado de la presente causa, del que resulta: I. El 2 de julio de 2007 la firma Trinait S.A., mediante apoderado, inició esta acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ministerio de Gobierno, Subsecretaría de Control Comunal), en virtud de lo dispuesto por el Art. 2º de la Resolución N° 90/SSCC/2006, que prohibió la venta, consumo y/o suministro de bebidas alcohólicas durante todo el desarrollo de los eventos llamados "fiestas de egresados", afectando derechos y garantías constitucionales, en cuanto fue dictado por un funcionario en exceso de sus atribuciones y facultades.

Informó que explota un local con el nombre de fantasía Seven, sito en la Avda. La Plata 731, inscripto en el Registro Público de Lugares Bailables con el N° 057, por Disposición N° 67/2006 (Expte. N° 54768/2000) y que por resolución del 8 de febrero de 2001 posee autorización como venta de bebidas, wisquería y cervecería.

Señaló que debía dar respuesta inmediata a requerimientos de varios grupos para el uso de sus instalaciones, con el fin de realizar las llamadas "fiestas de egresados", lo que acreditó, y afirmó que corría el riesgo de perder las contrataciones, y sufrir el perjuicio consiguiente, si no podía expender bebidas alcohólicas.

Agregó que durante 2006 y hasta la fecha de la demanda no se habían presentado problemas ni incidentes a raíz del consumo de alcohol, en virtud de la mecánica de venta de bebidas alcohólicas, convenida y aceptada con los organizadores de los eventos, que, dijo, hace imposible que un menor las consuma.

Planteó la inconstitucionalidad del acto administrativo que ataca, dada la incompetencia del funcionario que lo dictó. Citó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 3, del 2/12/2003, que prohíbe la venta de bebidas alcohólicas en los kioscos, dictado por el Jefe de Gobierno, señalando que hubo de ser ratificado por la Legislatura local, y considerando que no deben existir diferencias de fuente en uno y otro caso.

Solicitó que, como medida cautelar, se suspendiese la aplicación del Art. 2º de la Resolución N° 90/SSCC/2006, hasta la decisión sobre el fondo de la cuestión. Acompañó prueba documental y fundó su pretensión en derecho.

II. Luego de requerir al actor que acreditase el peligro en la demora (fs. 29), el 7 de agosto de 2007 se hizo lugar a la medida cautelar requerida, a través de la resolución de fs. 43/44, en términos de los Arts. 15 de la Ley 2145 y 177 y 189 CCAT.

En concreto, y sobre la base de la falta de atribuciones de un funcionario ejecutivo para introducir prohibiciones más allá de la ley, el Tribunal decidió "suspender en todos sus alcances y efectos la aplicación del Art. 2º de la Resolución N° 90/SSCC/2006 de la Subsecretaría de Control Comunal del Ministerio de Gobierno del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de la firma actora, sin perjuicio de las restricciones legales para la venta de bebidas alcohólicas a menores de 18 años; ello hasta tanto se sentencie sobre la cuestión de fondo o se resuelva en sentido contrario" (fs. 44 vta, Punto VI.1). Además, se ordenó dar traslado de la acción entablada (conf. Art. 11, Ley 2145; fs. 44 vta, Punto VI.2).

III. Luego del dictado de la decisión precautoria la causa no avanzó. La última petición útil de

la actora se produjo el 14 de agosto de 2007 (fs. 45), y ya estaba resuelta mediante el acto de fs. 43/44, lo que así se hizo saber en la misma fecha (fs. 46).

III.1. A partir de ese momento no se ha verificado ninguna presentación de la parte demandante que impulsase el proceso; el escrito de fs. 47, del 30/8/2007, pidiendo copia auténtica de la resolución cautelar, carece de tal efecto impulsorio.

III.2. Cabe además destacar que, como corolario de esa inactividad, en autos no consta que la medida de fs. 43/44 se haya hecho efectiva de alguna forma, pues no se prestó la contracautela dispuesta, ni se notificó debidamente al Gobierno, como tampoco se hizo saber el traslado de la demanda, que se ordenó simultáneamente.

IV. La siguiente actuación en la causa es la presentación espontánea del Asesor Tutelar N° 1 ante el fuero, de fs. 49/52, hecha el 17 de octubre de 2007.

El Asesor Tutelar plantea la nulidad de lo actuado hasta el momento, alegando que debió dársele intervención previa, en tanto representante promiscuo de las personas menores de edad, y que como ello no ocurrió el trámite es inválido. También se notifica de la medida cautelar dictada en autos, y la apela, por las razones que expone.

IV.1. En primer lugar, es de señalar que esa presentación tampoco constituye un acto de impulso del proceso.

La nulidad deducida, en realidad, procura, más que el avance de la causa, su retroceso, pues su eventual declaración implica, por principio general, retrotraerlo al estado en que se encontraba antes del o de los actos anulados.

Por otra parte, la impulsión debe referirse al fondo del conflicto, de modo de suscitar el progreso de la causa hacia la sentencia de mérito; así, los actos referidos a medidas cautelares u otros incidentes accesorios al principal carecen de ese efecto.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina son pacíficas al respecto: "Las tramitaciones referidas a medidas precautorias, por tratarse de cuestiones incidentales, sólo tienden a otorgar seguridad a las pretensiones de una de las partes sin afectar el trámite específico de la causa, por lo que no resultan idóneas para interrumpir la perención" (CNCom., Sala B, La Ley, 1982-C, 458), y "cuando las actuaciones se vinculan a la traba o diligenciamiento de medidas precautorias, que son cuestiones incidentales, ajenas al trámite específico de la causa, no pueden resultar hábiles para interrumpir el curso de la perención" (CNCIV, Sala G, La Ley, 1984-C, 624; este fallo y el previo citados en Caducidad de Instancia, dirigido por Isidoro Eisner, Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 132 y 133).

Se advierte que, salvo por el pedido de nulidad, el Asesor Tutelar no hace petición alguna con relación al proceso principal.

Todo ello sin dejar de tener presente que, por lo menos al momento de su presentación, el representante del Ministerio Público Tutelar no era parte en este litigio.

IV.2. Al margen de ello, no está de más señalar que la pretensión de nulidad hecha por el Asesor no podría tener acogida, por prematura.

El único acto jurisdiccional recaído en la causa fue la resolución cautelar de fs. 43/44. Como se dijo, no ha habido ninguna otra actuación del Tribunal o de la parte que sea posterior a ella, salvo un par de providencias de mero trámite. Y aún suponiendo que el juicio versara directamente sobre personas menores de 18 años, lo que no sucede, debe recordarse que las medidas cautelares se dictan inaudita parte (Art. 181 CCAT), por lo que al menos en esa instancia la intervención del asesor no es forzosamente obligatoria. Por demás, está claro que nada impide su actuación posterior.

De todas formas, y a más de ello, el agravio que expone el nulidicente no parece manifiesto, pues el acto de fs. 43/44 dejó expresamente a salvo el interés de esas personas, al disponer que la suspensión se ordenaba "sin perjuicio de las restricciones legales para la venta de bebidas alcohólicas a menores de 18 años"; y no cabe duda que el mismo acto preserva en forma directa el derecho que la ley otorga a los mayores de 18 años. Así, la petición se acerca a un reclamo de nulidad por la nulidad misma.

IV.3. Esta última conclusión se refuerza cuando se advierte, con la simple lectura de la causa y su confronte con las normas de rito aplicables, que la petición de nulidad era innecesaria, pues si el agravio se centraba en la falta de intervención del Asesor Tutelar, el supuesto defecto se subsanaba simplemente con pedirla.

En la misma línea de ideas, observo que si además se alegara agravio por la medida cautelar de fs. 43/44, como supone su apelación, bastaba con pedir que se la declarase caduca, en términos del Art. 187 CCAT, que establece que "la suspensión [del acto administrativo] dispuesta por una petición anterior o simultánea con la interposición de la demanda caduca si el/la actor/a no cumple con la carga de presentar la cédula de notificación del traslado de la demanda dentro de los diez (10) días de notificado/a de la providencia que lo ordena".

Del relato hecho sobre lo actuado en el breve transcurso de esta causa se desprende en forma harto manifiesta que ese plazo ha transcurrido más que en exceso, por lo que el modo de hacer caer la medida cuestionada era mucho más sencillo que la vía de la nulidad o la apelación, pues la caducidad se resuelve con parámetros objetivos y de difícil contestación, mientras que los recursos pueden resultar desfavorables.

Y por ello lo de prematuro, porque para advertir esas circunstancias debía el Asesor Tutelar primero solicitar vista y ser tenido por parte, lo que no hizo.

V. La última presentación en el juicio es la del día 22/10/2007 (fs. 55/61), a través de la cual el Ministro del Interior del Poder Ejecutivo Nacional solicita ser admitido en la causa en calidad de *amicus curiae*, expone una serie de argumentos contrarios a la resolución de fs. 43/44 y pide que se rechace la acción instaurada.

V.1. La institución del *amicus curiae* no está prevista en la Ley de Amparo 2145 (que, dicho sea de paso, es la norma que rige el proceso de esa acción -y de esta causa- en el ámbito local, junto con el Art. 14 CCABA, y no el decreto ley 16.986, que erróneamente cita el letrado del presentante) ni por el Código Contencioso Administrativo y Tributario, aprobado por Ley 189, que se aplica en forma supletoria (conf. Art. 28 Ley 2145).

Sin embargo, la omisión no es obstáculo determinante de la posibilidad de admitir la figura en el proceso de amparo, sobre todo en causas con la trascendencia pública que en los últimos días ha adquirido la presente.

Como el instituto sí está contemplado por el Art. 22 de la Ley 402, de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia, cabe eventualmente remitir a esa norma por analogía, aunque el caso no sea una acción declarativa de inconstitucionalidad. Esa regla establece, en lo que interesa, que:

LEY 402, ART. 22: "Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia [dispuesta en el Art. 6°] ... Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate ... El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste ... Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso".

V.2. Se sigue de ello que, aun cuando se admitiese la intervención del presentante en la calidad que invoca (pretensión a la que, vale aclarar, el Tribunal no se opondría), su actuación carecería de efecto impulsor del proceso, pues "no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas".

Además, y por las mismas razones, su petición de rechazo de la demanda (que podría considerarse impulsoria) no tendría virtualidad y sería improcedente, más allá de la ponderación que de sus "opiniones o sugerencias" hiciese el Tribunal, en la instancia oportuna del proceso, aunque sin "efecto vinculante".

Finalmente, la presentación que se alude sería también inoportuna, pues como surge de la lectura global del procedimiento regulado por la Ley 402, el tiempo procesal adecuado para efectuarla sería recién luego de contestada la demanda, pues es tan sólo luego de esa etapa que se convoca a la audiencia que instaura el Art. 6° de la ley, y a la que remite el Art. 22 transcripto. Parece ocioso reiterar que en autos ni siquiera se ha trabado la litis.

Todo indica que el amicus curiae incurre en la misma equivocación que el Asesor Tutelar: actúan a ciegas, sin conocer el proceso concreto en el que pretenden intervenir, quizás guiándose de manera inapropiada por información periodística que se destaca por su inexactitud. Así, ambos adoptan conductas procesales que poco ayudan al Tribunal y que tampoco parece, por cierto, favorable a sus pretensiones.

VI. De lo expuesto surgen conclusiones claras, que serán base suficiente de la decisión que se adoptará en este acto.

No obstante, al referirme a la presentación del Ministro del Interior del Poder Ejecutivo Nacional hablé de la repercusión pública que ha ganado este juicio desde el mismo 17 de octubre, día en que fue objeto de un artículo periodístico que se publicara en el diario informático "Noticias Urbanas" (www.noticiasurbanas.com.ar).

A partir de ese hecho se ha producido una notoria escalada en los medios de difusión masiva, con eje en alegadas consecuencias de la medida cautelar ya aludida, que ha involucrado de manera directa a este Tribunal, y rozado tangencialmente al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La resonancia y el nivel a que han llegado algunas de las manifestaciones hechas públicas en estos días, a través de todos los medios escritos, radiales, televisivos e informáticos, y por parte de las más diversas personas, hace imposible obviar tal contexto excepcional, y fuerza a realizar algunas consideraciones adicionales.

Tengo presente, además, que la Primera Conferencia Nacional de Jueces, organizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y organizaciones judiciales del país, concluyó en la necesidad de "promover la difusión de las decisiones judiciales, resoluciones institucionales y educación jurídico-legal a fin de procurar una mejor comprensión del quehacer jurisdiccional por parte de la población" (Jueces y Sociedad, Santa Fe; 30 y 31 de marzo y 1 de abril de 2006; Conclusiones; el subrayado es propio).

No cabe duda al Tribunal de que los serios errores de información que, como se verá, han caracterizado a esa ola mediática no han contribuido a ese propósito, sino estrictamente a una gran confusión de la sociedad.

VI.1. La primera reflexión lleva a resaltar la profunda contradicción que se observa entre las afirmaciones, hechas públicas, acerca de los fundamentos y alcances de la mentada decisión precautoria, por un lado, y el verdadero y correcto contenido que, en esos aspectos, tiene esa resolución, como surge de su mera lectura, por otro.

a) Así, se dice que el Tribunal "autorizó" la venta de bebidas alcohólicas a las personas

mayores de 18 años: es un aserto totalmente incorrecto, porque, como dicen los fundamentos del acto, la autorización para esa venta está dada ya por la ley vigente (Código Contravencional y Decreto NU N° 3/2003, en el ámbito local, y Ley 24.788 en lo nacional), con ciertas restricciones en cuanto a lugares y horarios que no incluyen a las "fiestas de egresados" o a esas personas.

En síntesis: la ley actualmente vigente permite la venta y consumo de esas bebidas a esas personas y en esos lugares. La única afirmación que hace el acto jurisdiccional mencionado es que esa ley no puede ser modificada o ignorada por un funcionario de rango menor del Poder Ejecutivo, dada la vigencia, en el sistema jurídico argentino, de la escala jerárquica de las normas, que señala que una ley formal es superior a un acto administrativo, y debe ser respetada (Arts. 19, 28 y 31, CN).

b) También se asevera que el Tribunal privilegió el interés patrimonial de un comercio frente a los derechos de los menores; en especial, la presentación en carácter de *amicus curiae* se refiere exclusiva y extensamente a este punto.

Se trata de otro aserto desapegado de la realidad: la alusión al perjuicio que hace el acto es absolutamente menor (un párrafo de cinco renglones, el III.3., frente a dos páginas que explayan los argumentos principales), y sólo a fin de tener por cumplido uno de los requisitos exigibles para toda medida cautelar, el de daño.

Por el contrario, la razón suficiente de la decisión -en lenguaje técnico, el holding- está contenida en los demás fundamentos, que en nada se relacionan con alguna cuestión económica, sino que se apoyan en el principio de legalidad (Art. 19 CN) y en la señalada jerarquía normativa (Arts. 28 y 31, CN).

Sin embargo, el hecho aparece sistemáticamente omitido por la mayoría de las opiniones hechas públicas, y así se tergiversa la motivación de lo decidido.

c) Inopinadamente, se dice que la resolución permite el consumo de alcohol a menores de 18 años, con argumentos acerca de las dificultades para el control y una supuesta "discriminación" entre los asistentes a esos eventos. Hay en el planteo varios errores:

c.1. En primer lugar, la situación de los menores de 18 años sí fue objeto de evaluación por el Tribunal, a pesar de que ni la demanda ni la decisión se relacionan en forma directa con ellos. Es por eso que expresamente el decisorio deja a salvo "las restricciones legales para la venta de bebidas alcohólicas a menores de 18 años". Los medios -otra vez- omiten esta aclaración, y en cambio hablan, con puro afán efectista, de que se habría "liberado" la venta de alcohol a estos menores. Esa afirmación es una falacia absoluta, y en ningún momento se actuó en ese sentido.

c.2. Por otra parte, no llega a entenderse la alusión a una supuesta "discriminación". Pero en todo caso si se hace referencia al hecho de que en un mismo ámbito algunas personas podrían consumir lo que otras no pueden (por ejemplo, los padres y sus hijos) es preciso señalar que en el caso tal circunstancia no constituye discriminación, pues está impuesta por ley formal con sustento en las diferentes condiciones y circunstancias de cada una de las personas involucradas, distinciones objetivas (por la edad) que autorizan a que la ley dé a cada uno un tratamiento distinto, mientras que se discrimina cuando se trata en forma diversa a quienes están en igualdad de condiciones, que no es el caso. Desde ya, valer recordar que la distinción no es en absoluto nueva, sino que data de mucho tiempo atrás, y nunca se la cuestionó desde esa tan original óptica.

c.3. Tema distinto es el atinente al control en la aplicación de la ley vigente. Pero este es un aspecto del problema que con claridad es función de los otros poderes del Estado, en especial del Ejecutivo, y no compete al Poder Judicial, que sólo actúa en prevención de que ese control

se ajuste a la Constitución y a la ley. Si el Poder Ejecutivo no cumple con su cometido, o si el Legislativo no sanciona las leyes que considera idóneas para conjurar un problema, no pueden livianamente pretender que la responsabilidad de sus omisiones recaigan sobre terceros.

VI.2. La siguiente consideración hace al absoluto divorcio que se aprecia entre la real eficacia y vigencia del acto y los altisonantes alegatos acerca de sus graves efectos actuales sobre el problema de consumo de alcohol que hoy aqueja a la juventud.

Como ya se dijo (supra, II. y III.), la medida cautelar fue dictada el 7 de agosto de este año, es decir hace casi tres meses, y nunca estuvo vigente, pues no se trabó, por razones que este Tribunal desconoce y de las que no puede hacerse cargo.

A pesar de ello, los medios de difusión, ávidos de sensacionalismo y gracias a la apresurada actuación de algunos sectores interesados, se han dedicado a hacer una incorrecta -e increíble- asociación entre lo decidido tiempo atrás y nunca ejecutado con la lamentable muerte de dos jóvenes, ocurrida mucho después y en circunstancias no necesariamente vinculadas con estas fiestas. En suma: mucho ruido y ninguna nuez.

VI.3. Por último, ocupa un lugar destacado en esta galería fantástica el curioso hecho del precedente de que da cuenta la certificación del Actuario de fs. 62.

En efecto, como allí se hace constar, el 22 de noviembre de 2006, en la causa "Akosli S.R.L. c/ GCBA S/ amparo (art. 14 CCABA)", Expte. N° 22912/0, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 9 adoptó una decisión en esencia idéntica a la que nos ocupa, también suspendiendo la aplicación del Art. 2° de la Resolución N° 90/SSCC/2006.

Lo insólito, para el caso, es que esa medida cautelar sí fue trabada y notificada al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 24/11/2006, que la consintió, no la apeló, y en cambio la transmitió a sus organismos de control. Es de destacar que tampoco se dio intervención a la Asesoría Tutelar del fuero.

El precedente también fue considerado por este Tribunal, pues el actor lo acompañó con la demanda. Sin embargo, él parece haber sido ignorado por todos los otros interesados, que ni lo mencionan, quizá por desconocimiento o quizá para no poner en evidencia la contradicción entre su conducta actual y la que adoptaron en aquella ocasión.

Y no hace más que reforzar la convicción con que se dictó el acto tan cuestionado de esta causa: un funcionario del Poder Ejecutivo, de tercer o cuarto rango en la jerarquía, carece en absoluto de competencia para prohibir lo que la ley no prohíbe, y ello es manifiesto, especialmente en una etapa cautelar, privada de otras consideraciones que las partes pueden hacer en el curso del debate.

Es ésta una regla básica y principal que, bien mirada, se erige en fortaleza inexpugnable del sistema democrático y del Estado de Derecho. Sin duda, su respeto implica riesgos, pero éstos deben afrontarse y prevenirse en el marco de la ley, pues el riesgo mayor, que ya ha sufrido trágicamente el país, es la dictadura. A esta altura del proceso democrático no debiera ser necesario recordar que el fin no justifica los medios.

VI.4. De todo lo dicho en estos últimos párrafos sólo cabe concluir que las presentaciones en mucho posteriores a la medida cautelar que se trata se caracterizan principalmente por su futilidad y desproporción, sin olvidar que fueron acompañadas por el condimento exagerado y falto de fidelidad de los medios de difusión.

No está en el ánimo del Tribunal poner en duda la intención del Asesor Tutelar y del amicus curiae de resolver el problema social generado por el consumo de alcohol por los adolescentes, loable propósito aquél que se comparte plenamente. Pero debe entenderse que las funciones de los órganos del Estado están diferenciadas, y que no compete al Poder

Judicial el control de policía, sino solamente el revisar la legalidad de los actos y de las conductas, con imparcialidad e independencia. Tanto como que en un Estado de Derecho la supremacía de la ley es garantía tanto de libertad como de bienestar general, y así lo han querido y quieren nuestras constituciones.

También debemos todos recordar que "los jueces deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones, prestando particular atención a las demandas que la población tiene respecto de la justicia, y la división de poderes. No obstante la decisión judicial no puede basarse en los deseos circunstanciales de la opinión publicada, ya que debe respetar el debido proceso y aplicar la ley. La independencia también se ve afectada cuando se pretende lograr una determinada decisión mediante la presión pública o el desprestigio del magistrado. Los desacuerdos pueden ser atendidos y los equívocos corregidos por la vía de los recursos judiciales, pero nadie puede tener el poder de influir sobre los jueces por vías que no sean las que el derecho permita" (Jueces y Sociedad; Santa Fe, 30 y 31 de marzo y 1 de abril de 2006; Conclusiones), recomendación sabia y equilibrada de

la comunidad judicial que no siempre es respetada.

VII. Luego de repasar lo expuesto, queda claro en definitiva que lo que debe primar en el caso concreto es que ha transcurrido con creces el plazo de treinta (30) días que la ley aplicable prevé para que opere la caducidad del proceso (Art. 24, Ley 2.145), pues el último acto de impulso fue el traslado ordenado por el Tribunal el 7 de agosto de 2007 (fs. 44 vta.).

La perención puede y debe ser declarada de oficio. Nada justifica en este caso que así no se decida, especialmente por la inactividad de la actora, que es muestra de su desinterés. La consecuencia adicional es que los planteos posteriores efectuados en autos, que no impulsan el proceso principal, devienen sin más abstractos, al igual que las incidencias a ellos conexas, por lo que resulta innecesario continuar su trámite o expedirse al respecto.

VIII. Por todo ello, resuelvo: 1. Declarar operada la caducidad de instancia en esta causa (Art. 24, Ley 2145) y ordenar su archivo.— Juan Vicente Cataldo.

(nota) La sentencia se encuentra firme.