



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Expte. Nº 12163/2015 “Night Fun S.A. c/ GCBA”

Tribunal Superior:

I. OBJETO

Llegan las presentes actuaciones a esta Fiscalía General Adjunta a fin de dictaminar sobre la presentación entablada por el Sr. Marcelo Luis Ángel Moretti, en su calidad de apoderado de la sociedad Night Fun S.A., por medio de la cual interpone acción de amparo requiriendo se autorice a la firma que representa a cumplir el contrato que acompaña y consecuentemente, se la autorice a efectuar la explotación comercial del local sito en la calle Juana de Manso 305 de esta Ciudad, donde funciona el emprendimiento “Acqua Bay”.

II. ANTECEDENTES

En lo que aquí interesa, el actor relata que interpone acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, ante la imposibilidad de poder dar cumplimiento al contrato que acompaña durante las últimas horas del próximo día sábado 25 y las primeras horas del siguiente día domingo 26 del corriente mes de abril, en virtud de la veda electoral que regiría.

Señala que el artículo 71 del Código Electoral Nacional prohíbe actividades durante el tiempo de celebración de los comicios y hasta tres (3) horas posteriores al mismo, no obstante lo cual, no prohíbe desarrollar actividades previas a la hora de inicio del acto comicial.

Sin perjuicio de ello, el actor indica que las fuerzas de seguridad usualmente prohíben la realización de cualquier evento a partir de las 00.00 hs. del día del comicio, es decir, a partir de las 00:00hs. del próximo domingo 26 de abril.

Relata que la prohibición o veda, conculca de manera directa sus derechos y garantías de jerarquía constitucional, citando entre ellos el derecho a la propiedad, el de comerciar y ejercer toda industria lícita, refiriendo luego la vulneración de los artículos 14, 17, 18 y 28 CN y art. 12 inc. 5 de la Constitución local.

Posteriormente, el actor refiere al cumplimiento de los requisitos dispuestos por el art. 43 CN para la procedencia de la acción de amparo.

Finalmente el actor señala que la prohibición dispuesta resulta también arbitraria, en tanto entiende que no existe fundamento fáctico y jurídico para ella, lo que le provoca graves perjuicios a los contratantes y afecta legítimos derechos y garantías, lo que amerita la urgente intervención del tribunal para que emita una declaración de certeza sobre el derecho de los contratantes a realizar el evento acordado para el próximo día sábado 25 y domingo 26 de este mes de abril del corriente año, sin expendio de bebidas alcohólicas.

Por último, acompaña como prueba documental, en lo que aquí interesa, copia certificada del certificado de habilitación del local en cuestión, de fecha 06/03/2007 a nombre de MARMAU S.R.L. y solicitud de transferencia y, el contrato de gerenciamiento en original, haciendo reserva del caso federal.

III. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.

Previo a efectuar cualquier consideración, conviene recordar el plexo normativo que habilita a este órgano de la constitución local actuar ante estos estrados.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispuso en el art. 124 que el Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, estableciendo que se encuentra a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor/a General y un/a Asesor/a General.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

En esta inteligencia, entre las funciones asignadas estableció, en lo que aquí interesa:

- a) la promoción de la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y
- b) velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Por otra parte, la ley orgánica del Ministerio Público N° 1.903, modificada por la ley 4891, previó dentro de las competencias del art. 17), "1.- Intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público. 2.- Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (...) 5.- Intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia. 6.- Velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales. 7.- Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal...".

Por su parte, el art. 3 establece que el Ministerio Público ejerce la defensa del interés social de modo imparcial.

De lo expuesto se colige que el Ministerio Público Fiscal, en tanto actúa de manera imparcial, no ejerce la representación de parte en el proceso, en uso de las funciones y atribuciones conferidas le compete primordialmente la estricta defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, la normal prestación del servicio de justicia, la satisfacción del interés social, el resguardo

del debido proceso y la observancia de las normas.

Dicha tutela, excede el mero interés particular y de sus planteos, siendo por tanto bienes indisponibles para las partes en particular.

Así lo ha sostenido la doctrina que ha señalado que “El Ministerio Público (...) es una parte especial que representa, en el proceso, al interés social en abstracto, independiente de la mayoría gobernante. Representa a la sociedad en su totalidad, como elegido defensor del orden jurídico al que la comunidad, en su conjunto, se somete. Por ello, al dictaminar, obliga que el juzgador pondere la interpretación que de la ley efectúa (...) No es menos obvio que la ley deberá, a su vez, establecer los casos en que la vista al fiscal, en todas las instancias, inclusive la de la Corte Suprema, ha de ser obligatoria y no optativa, como a veces se lo considera a raíz del resabio de la errónea idea de concebir al fiscal como un mero asesor del tribunal, en lugar de aceptarlo como lo que es en rigor: El representante en el juicio del interés social, al que el juzgado, por tanto, le debe atender sus planteos. De esa suerte, el justiciable verá que sus reclamos, en los aspectos que hacen al orden público y al derecho federal serán resueltos a través de la coincidencia con los argumentos del fiscal, o bien por fundadas razones encaminadas a demostrar lo errado de éstos...” (v. Obarrio, Felipe Daniel, en *El Ministerio Público: Cuarto poder del Estado, La Ley*, 1995-C, 870, citado por Sabsay, Daniel Alberto, ob. Cit., ps. 390/391).

Asimismo, la CSJN ha hecho hincapié en éstas funciones asignadas al Ministerio Público, diferenciándolas de aquellas asignadas a los órganos que tienen por objeto defender a la Administración, al indicar que su actuación “...trasciende el exclusivo propósito persecutorio; y que el art. 25 de la ley encomienda a dicho órgano –entre otras funciones- promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (inc. a), representar y defender el interés público (inc. b), velar por la



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

observancia de la Constitución Nacional y de las leyes de la República (inc. g) y por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal (inc.h)...”, indicando que le compete “...no sólo como titular de la pretensión punitiva que se ejerce en la esfera penal, sino también como magistratura de control, a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad...” (CSJN, Líneas Aéreas Privadas Argentinas S/ infracción ley 11.683”, Recurso de Hecho, del 31/10/2006, voto en disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Con tal criterio expuesto, en cumplimiento de la manda constitucional y legal citada se ejercerá la respectiva tutela la cual podrá abstraerse de los agravios que pudieran ser planteados por las partes intervinientes en el proceso.

IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

Preliminarmente, y sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán a continuación, a los fines de determinar la competencia del Tribunal Superior de Justicia para conocer en esta acción, resulta menester determinar el objeto de la presentación en marras.

Conforme surge de las constancias del caso, corresponde señalar que pese a lo confuso del relato del escrito de inicio, la actora realiza dos pretensiones de diferente alcance y naturaleza:

En primer lugar y, tal como se desprende del encabezado de su demanda y lo dispuesto en los apartados II y V de su presentación, la actora promueve una acción de amparo y del encabezado de la misma solicita el dictado de medida cautelar para que se permita la explotación comercial de un local el próximo sábado 25 y domingo 26 de abril del corriente, en las horas señaladas.

En segundo lugar, si nos detenemos en el apartado VI y en el petitorio de

su demanda, advertimos que de un análisis integral de su presentación, la actora solicita a fin de cuentas, una declaración de certeza de ese Tribunal, a los efectos que indique la posibilidad de explotar comercialmente tal local, el próximo sábado 25 desde las 20 hs. y hasta el domingo 26 de abril a las 06 hs.

Desde esta perspectiva y a los fines de determinar si lo pretendido por la actora se encuadra en la jurisdicción acordada a ese Tribunal por el art. 113 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corresponderá por tanto, analizar cada una de las pretensiones por separado.

a) La vía de Amparo

La acción de amparo, prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional, ha sido desarrollada en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad, siendo la misma procedente, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes nacionales y la normativa local.

En idéntico sentido, el artículo 2º de la ley 2.145, establece respecto de su procedencia que “La acción de amparo es expedita, rápida y gratuita y procede, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.”



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

En el caso de autos y, tal como surge de su demanda, la actora inicia la presente acción contra “...*el Poder Ejecutivo Nacional, con domicilio en Balcarce 50 de esta Ciudad Autónoma de Bs.As., a los efectos de solicitarle tenga a bien autorizar a la firma NIGHT FUN S.A. a cumplir el contrato oportunamente suscripto...*” (v. fs. 12).

Posteriormente, alude a la conducta de “fuerzas de seguridad (policía Federal, Metropolitana, Prefectura etc)” que prohibirían la realización de cualquier evento a partir de las 00.00hs. del día del comicio, es decir a partir de las 00:00hs. del próximo día domingo 26 de abril.

Por tanto, lo que pretende la actora es una acción o cese de una eventual e hipotética acción por parte del Ejecutivo Nacional y sus órganos, sobre los cuales ése Tribunal no tiene jurisdicción.

No obstante ello y toda vez que el comercio objeto de la explotación que pretende resguardar se encuentra situado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que la eventual restricción a su explotación acontecería por la celebración de los comicios locales, estando en juego la aplicación de una norma en materia electoral, ése Tribunal resulta competente para conocer en la pretensión en los términos del art. 7 de la ley 2.145, sin perjuicio de la inadmisibilidad de la acción a la cual haré referencia en el acápite V.

b) La acción declarativa de certeza

Respecto de la segunda pretensión inserta en el relato de la acción, la actora requiere que ese Tribunal emita una declaración de certeza sobre el derecho de los contratantes a la explotación del local en horas previas a la celebración de los comicios locales habida cuenta que, según señala fs. 12 vta., es usual que las distintas fuerzas de seguridad prohíban la realización de

cualquier evento a partir de las 00 hs. del día del comicio.

Frente a ello, cabe señalar que toda vez que el actor involucra en el caso una norma del Código Nacional Electoral, específicamente el artículo 71, de aplicación a la Ciudad en los términos y con los alcances dispuestos en la ley 24.588 y específicamente, refiere a la aplicación de la misma durante la celebración de un acto electoral fijado por la autoridad local (conforme Decreto 530/14), el suscripto entiende que ese Tribunal resulta competente a la luz de lo dispuesto en el art. 113 inc.6 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto dispone la competencia de V.E. para "*conocer originariamente en materia electoral y de partidos políticos*" hasta que una ley cree un tribunal electoral -lo que no ha ocurrido aún-.

Asimismo, cabe señalar que la competencia de ese Tribunal se ve reforzada por las funciones que ejerce respecto del acto electoral, en el marco del artículo 113 inc. 6 de la Constitución de la Ciudad y que conforme al Código Electoral Nacional, son propias de la Junta Electoral y de los jueces electorales. Todo ello en el marco del "Convenio de Colaboración" suscripto el 27 de febrero de 2007 entre el Poder Judicial de la Nación —representado por la Cámara Nacional Electoral y el Juzgado Federal Electoral de la Capital Federal— el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y ese Tribunal.

V.- ADMISIBILIDAD

Delimitada la competencia de ese Tribunal en orden a las pretensiones efectuadas por la actora, corresponde entonces ahora adentrarme en el análisis de admisibilidad de las mismas, conforme lo dispuesto en el acápite anterior.

Para ello, me referiré a cada una de las pretensiones de la actora por separado, adelantado la opinión de que este Ministerio Público Fiscal entiende que la acción entablada no resulta admisible en tanto adolece de los recaudos y



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

elementos previstos por el legislador para su procedencia, en ambos casos.

a) Improcedencia de la Vía de Amparo

Corresponde señalar que no concurren en el caso los requisitos que hacen a la admisibilidad de la acción de amparo intentada.

En efecto, tal como resulta de la previsión constitucional local del art. 14 y del mandato efectuado por el legislador mediante ley 2.145, para que proceda la acción de amparo se precisa, al menos, dos elementos: una acción u omisión de autoridad pública o particular arbitraria o manifiestamente ilegítima y, la lesión –actual o inminente- de un derecho.

En el caso de autos, la actora refiere que se le estarían conculcando sus derechos constitucionales a la propiedad y a ejercer toda industria lícita, no obstante lo cual, no se advierte el acto u omisión ilegítima a la que imputa tal lesión.

Ello así, en tanto, tal como ha sido expuesto el relato de la demanda, la actora inicia la presente acción contra el Poder Ejecutivo Nacional, refiriendo que, pese a que existe una previsión legal que prohibiría la realización de eventos durante y tres horas después de la realización de los comicios electorales, *“como es de práctica usual, las distintas fuerzas de seguridad (Policía Federal, Metropolitana, Prefectura etc.) prohíben la realización de cualquier evento a partir de las 00:00hs. del día del comicio, es decir, a partir de las 00.00hs. del próximo domingo 26 de abril”* (v. fs. 12 vta). Así señala que *“esa prohibición se materializa desalojando, cerrando y/o prohibiendo todo tipo de actividad pasadas las 24 hs. del día anterior al día de celebración del comicio...”*

Estás son las únicas referencias que realiza la actora respecto de una posible conducta ilegítima que atenta contra sus derechos.

De ello se desprende que la mera alusión a una “conducta usual” de fuerzas de seguridad, o la referencia a un posible desalojo, prohibición o cierre que ellas ordenarían, sin individualizar ni identificar de manera adecuada a qué fuerzas se refiere y sin situar en tiempo y espacio esa posible conducta, resulta insuficiente para tener por acreditado una acción “arbitraria o manifiestamente ilegítima”.

Por otra parte, la mención de que tal conducta es “usual” sin referirse adecuadamente a ella y sin describir de qué manera y por qué razón la actitud que describe se presenta como habitual, hace imposible deducir que la misma tendrá o podría llegar al menos a tener lugar en forma inminente sobre los derechos del peticionante.

Las manifestaciones puramente hipotéticas y conjeturales del actor, prohíben tener por acreditado que exista una conducta de inminente realización durante las últimas horas del sábado o primeras del domingo próximo, que atenten contra los derechos que intenta proteger. Y menos aún que dichas conductas sean imputables a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tal como ha sido relatado por la actora, ni del escrito de su demanda ni de las pruebas acompañadas se logra advertir en el caso, la existencia de una acción u omisión arbitraria o de ilegalidad manifiesta, actual o inminente, que pueda ser imputable a una autoridad pública local y que la misma sea lesiva de sus derechos.

Dichos extremos obstan incluso a la configuración de un caso o causa judicial que amerite la intervención de ese Tribunal en los términos del art. 106 CCABA, en tanto si bien se pretende la interposición de una acción de amparo de tipo preventivo –y una supuesta medida cautelar que no se individualiza-, las alegaciones meramente hipotéticas efectuadas por la actora, sin que exista una



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

descripción clara y precisa de la conducta u omisión que se pretende sortear, prohíben tener por acreditado los recaudos que hacen a la configuración de un caso para la intervención judicial.

Tal como sostiene ese Tribunal “Con arreglo a lo previsto en el art. 106 de la CCBA los jueces operan sobre ‘causas’, esto es, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos o de incidencia colectiva, y no sobre toda clase de conflicto o disputa, por significativa que fuere. Corroborar la existencia una “causa” acerca de la cual se deba adoptar una decisión judicial es una cuestión que corresponde a los jueces verificar, aun de oficio (cf. mutatis mutandi, Fallos: 331:2257; 308:1489, entre muchos otros, receptada en mi voto in re expte. n° 8133/11: “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Yell Argentina SA c/ GCBA s/ acción meramente declarativa art. 277 CCAyT)”, sentencia de este Tribunal del 23 de mayo de 2012)”.(Voto del Dr. Lozano in re Expte. n° 8668/12 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Di Filippo, Facundo Martín y otros c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales”, sentencia del 15/04/2014).

b) La improcedencia de la acción meramente declarativa

Expuestas las consideraciones referidas en relación a la improcedencia de la acción de amparo entablada, corresponde ahora analizar la admisibilidad de la acción meramente declarativa que pareciera oponer la actora en el apartado VI de su demanda.

Conforme lo establece el art. 277 del CCAyT, la acción meramente declarativa constituye un proceso tendiente a obtener una resolución de certeza para “...hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio

legal para ponerle término inmediatamente.”

De esta manera, quien promueve una acción meramente declarativa tiene a su cargo especificar concretamente: cuál es la relación jurídica, cuál es la incertidumbre y en qué consiste y, por último, que no dispone de otro medio legal más idóneo para ponerle término inmediatamente.

La relación jurídica se presenta como aquella que refiere de persona a persona, siendo por tanto necesario la existencia de dos sujetos. No constituye por tanto una relación de esa especie la que concurre exclusivamente entre un sujeto y una norma porque en ese caso faltaría el elemento que Savigny caracteriza como “material”. La existencia de esa relación entre personas es justamente la que permite acordarle a la sentencia los límites subjetivos a los que debe acomodarse el instituto de la cosa juzgada –Conf. TSJ, Expte. 8133/11: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Yell Argentina S.A. c/GCBA s/ acción meramente declarativa art. 277 CCAyT”, del voto del Dr. Lozano, ya citado.

En el caso de autos, la actora pretende una declaración del Tribunal para ser interpuesta ante las fuerzas de seguridad para el hipotético caso que las mismas, por su práctica usual que relata, decidiera desalojar o cerrar el comercio cuya explotación comercial pretende efectuar durante las fechas y horas que indica y para así poder dar cumplimiento a un compromiso privado asumido por ella misma.

Así las cosas, la pretensión de la actora expuesta en estos términos no puede prosperar. Ello por cuanto lo que concurre en el caso no es una incerteza o una carencia de incertidumbre acerca del marco normativo de la relación jurídica entablada entre dos particulares que pretenden la explotación comercial de un local, sino la autorización preventiva judicial que ratifique esa voluntad.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

El actor no pretende dilucidar los alcances de la relación jurídica en la que se encuentra involucrado, justamente a través de un contrato, sino que expone su situación frente a una norma concreta cuya incerteza no es presentada por el accionante pues, el mismo tiene en claro conforme su relato, reitero ver fs. 12 vta. que la veda en ocasión de los comicios tiene lugar solo durante y hasta 3 horas posteriores al mismo.

Que así, el actor expone una clara certeza respecto de su conocimiento sobre los alcances de la norma, en tanto expresamente indica que el artículo 71 del CE prohíbe actividades durante el tiempo de celebración de los comicios y hasta tres horas posteriores, señalando luego que de ninguna manera dicho texto legal, prohíbe desarrollar actividades previas a la hora de inicio del acto comicial.

No puedo dejar notar, además, que bajo tales consideraciones y estando vigente el cronograma electoral aprobado por la Acordada N° 1/14 con fecha 29 de diciembre de 2014 por ese Tribunal y vigente el Decreto N° 530/GCBA/2014 de convocatoria a elecciones (BOCBA 4549 del 29/12/2014) que dispuso como fecha de las elecciones primarias, abiertas simultáneas y obligatorias de la Ciudad el domingo 26 de abril, el actor decide suscribir un contrato de gerenciamiento con fecha 06 de enero de 2015, destinado exclusivamente a la explotación comercial y realización de actividades en dicha fecha de celebración del comicio, es decir con pleno conocimiento de la existencia de la celebración en ese día de los comicios electorales y de las prohibiciones vigentes referidas a la realización de actividades no vinculadas con las elecciones.

De ello se advierte que no existe en el caso incerteza alguna por parte de la actora, sino que puede presumirse un palmario conocimiento de los alcances de las disposiciones legales y del artículo 71 del CE aplicable a la Ciudad de manera previa al perfeccionamiento de la relación jurídica plasmada en el

contrato de gerenciamiento.

De esta manera se advierte que pese a sus dichos, el actor no pretende en el caso una declaración de certeza sobre los alcances de la norma respecto de su relación jurídica sino, antes bien, un permiso anticipado del Poder Judicial que evite cualquier afectación de sus derechos en la fecha de celebración de los comicios.

En virtud de ello, la actora conoce los términos de la norma, pese a lo cual, pretende que el Poder Judicial le otorgue una suerte de indemnidad frente a cualquier posible lesión de sus derechos, fundando su pretensión en meras apreciaciones hipotéticas o conjeturales.

Por todo ello, en tanto no se advierte los motivos que configurarían la procedencia de la declaración de certeza de ese Tribunal, toda vez que la actora ha demostrado tener un pleno conocimiento de las normas vigentes y su aplicación, corresponde desestimar la presentación, en tanto la misma pretende un aval u homologación judicial a la conducta comprometida.

V. PETITORIO.

En virtud de las consideraciones que anteceden, entiendo que el Tribunal Superior debe desestimar ambas pretensiones por no reunir los requisitos de su procedencia.

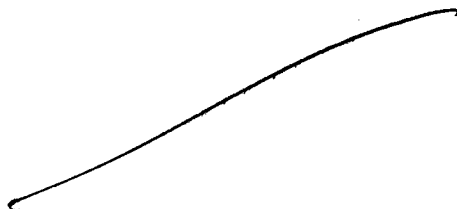
Fiscalía General _____, 22 de abril de 2015.


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

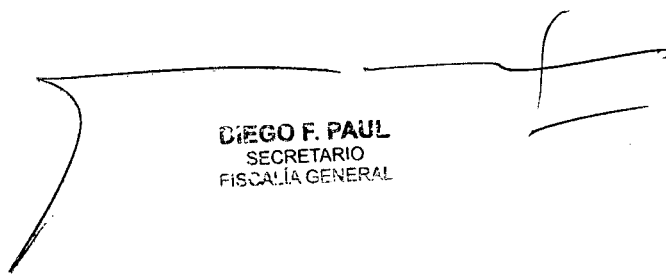
Dictamen FG N° 200 -E/15



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General



Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.



DIEGO F. PAUL
SECRETARIO
FISCALÍA GENERAL

