



NEUQUEN, 22 de febrero de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RODRIGUEZ CYNTHIA GISELLE C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"**, (JNQCII EXP N° 515831/2016), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- A fs. 161/167 y vta. luce Resolución que rechaza la acción de amparo deducida a fs. 10/17, cuyo objeto, conforme se aclara a fs. 22, es que: 1) se ordene la suspensión del labrado de Actas de Inspección e Infracción y la abstención de ejecución de las mismas; y 2) se permita la exhibición de mercadería en la vereda. Y luego, ante un nuevo pedido del Tribunal, a fs. 24 aclara que el objeto del amparo es: "el permiso de exhibición de mercadería en la vereda (sin que obstruya el tránsito peatonal). Esto a los efectos de evitar los graves e irreparables perjuicios que dicha conducta provoca en los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente a su parte.

Para resolver el rechazo considera la a quo que no se advierte cual es la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el actuar del municipio demandado; y que tampoco se acreditó la afectación a los derechos constitucionales que dice haber sufrido, que justifiquen la promoción de la presente acción.

Interpreta la juez a quo que "En este marco fáctico he de señalar que ninguna prueba produjo la señora Rodríguez tendiente a demostrar la ilegalidad o arbitrariedad del accionar atacado, ya que no existen elementos que demuestren que la exhibición de mercaderías en su local comercial contemplaban los extremos requeridos por la Ordenanza 10.009, como aquella lo afirma."



Y que: "Si bien la referida orfandad probatoria es suficiente para concluir, que no se ha demostrado la arbitrariedad o ilegalidad de la conducta de la Municipalidad, objeto de reproche, sùmase a ello que tampoco ha producido la amparista prueba alguna que demuestre la afectación a los derechos constitucionales que dice vulnerados en los términos que ella invoca (caída de las ventas o despido del personal denunciado)."

Contra la citada Resolución apela la parte accionante a fs. 168/173 y vta.

II.- Considera que la arbitrariedad o ilegalidad resulta patente dado que el fundamento del municipio para infraccionar se funda en que exhibe sus mercaderías sin respetar las distancias establecidas por la Ordenanza Municipal N° 10009, cuando del acta notarial acompañada a la causa -no redargüida de falsa por la demandada- se desprende que la misma no se sitúa sobre el espacio aéreo, ya que se ubica sobre una marquesina aérea a una altura superior a los 2,20 mts. de altura que no obstruye el paso peatonal.

Dice que ve una clara desigualdad y violación a sus derechos, ya que mientras a ella no se le permite trabajar, sin molestar a nadie, en la zona hay múltiples feriantes y vendedores ambulantes que exhiben en mesas sus mercaderías y confiterías que dejan sillas y mesas en la vereda a idéntica o incluso mayor distancia que ellos.

Agrega que no cuestiona la constitucionalidad de la O.M. N° 10009 dado que para ella se encuentra mal interpretada por el municipio, quien de esta manera sanciona en forma ilegítima.

Manifiesta que tal como ha sido constatado con las fotografías certificadas por escribano público, la mercadería no se encontraba sobre la vereda, como lo alegan los inspectores de comercio, sino sobre espacio aéreo en una marquesina. Expone que respeta las distancias establecidas por



la Ordenanza Municipal N° 10009 y exhibe sus mercaderías en una marquesina aérea, sin obstruir en lo más mínimo la vía pública.

Denuncia que hubo ilegitimidad en el procedimiento llevado a cabo por los inspectores, ya que se llevó adelante con violencia por parte de los actuarios, al decomisar la mayor parte de la mercadería del local, sin permitir su contabilización, ni individualizar, frente a testigos presenciales que pudieran dar fe acerca del incorrecto accionar.

Corrido el pertinente traslado del recurso, el mismo es contestado a fs. 176/178 por la Municipalidad, solicitando el rechazo del memorial, con costas.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada ante esta Alzada, debo decir que de la lectura de la expresión de agravios surge que la parte actora recurrente arrima a esta instancia cuestiones que no fueron propuestas al Juez de grado y que no pueden ser consideradas, puesto que en virtud de los límites de la jurisdicción abierta por el recurso -art. 277 del ordenamiento procesal- quedan marginados de la función revisora de la Alzada aquellos temas no planteados en su oportunidad y, por lo tanto, ajenos a los que fueron objeto de debate en la instancia originaria (Morello, CPCyC, T°III, pág. 400/401).

La citada normativa reza textualmente en su primera parte: "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia..." Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia se han expedido sobre esta cuestión señalando que "...el tribunal de alzada no realiza un nuevo juicio. En realidad, y en contra de lo que generalmente se supone, se encuentra más limitado que el tribunal de primera instancia. Carece de importancia al respecto que las partes hubieran introducido hechos distintos de los de primera instancia, porque el principio de



congruencia, que limitó la sentencia de primera instancia, limitará del mismo modo la de la segunda (CNCiv., Sala F, L.L. fallo 35.858-S). Esta es una derivación del principio dispositivo que prohíbe a los jueces pronunciarse sobre puntos que no hubieren sido objeto de la controversia, y encuentra expresa consagración en la norma del artículo 277 del Código Procesal" (Falcón, Enrique M. y Colerio, Juan P. "Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni Editores, 2009).

Así, la introducción en esta instancia de cuestiones referidas a que la exhibición de sus mercaderías no se realiza sobre el espacio aéreo sino sobre una marquesina aérea, y que por tanto la infracción que el Municipio le aplica por el incumplimiento de la distancia establecida en la Ordenanza Municipal N° 10009, resulta ilegítima; se trata de un nuevo argumento que resulta ajeno a los términos de la demanda y defensas oportunamente planteadas, por lo que su conocimiento excede la jurisdicción de esta Alzada. Como consecuencia de lo expuesto, no corresponde tratarlo.

Por otra parte, "La viabilidad del amparo requiere no sólo la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preconstituido, de jerarquía constitucional, sino también que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías. Los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo trámite del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Si los accionantes omitieron demostrar la ilegalidad o arbitrariedad manifiestas de los actos cuestionados, debe concluirse que no concurren los requisitos específicos del amparo, pues ha de insistirse siempre, que éste es viable sólo en los supuestos donde los vicios imputados son evidentes y no se requiere amplitud de



debate y prueba, lo que exige especial criterio de los jueces y letrados para impedir que pueda llegar a desnaturalizárselo..." (L.D.T. Trib. Dres.: Posadas, Puig, Silisque, Vicente, Garros Martínez. - Doctrina: Dra. Von Fischer. - Causa: ACUÑA DE BENAVIDEZ, MARTA DEL ROSARIO VS. ASOCIACION CIVIL INST. PRIVADA DE ENSEÑANZA DR. BERNARDO FRIAS. AMPARO (RECURSO DE APELACION) (Expte. N° CJS 24.135/02) FECHA: 13/03/03. L. 83: 835/842. CORTE DE JUSTICIA).

En lo que respecta a los restantes agravios, la actora se limita a reiterar consideraciones esbozadas en el escrito de demanda, sin aportar prueba concreta sobre los extremos fácticos que hacen a su pretensión, y éste déficit es el que se advierte en la instancia anterior, que el recurrente no logra revertir con los argumentos aquí desarrollados.

Y, esto evidentemente tiene que ver con la vía intentada, ya que el amparo como acción expedita y rápida que es, posee restricciones en cuanto a la actividad probatoria, lo cual de alguna manera le ha resultado desfavorable a la amparista.

De modo que comparto el razonamiento de la señora juez de grado, en cuanto a: "En el caso, adelanto desde ya, no se advierte cual es la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el actuar del municipio demandado, así como tampoco se acreditó la afectación a derechos constitucionales, que dice haber sufrido la amparista y que justifiquen la promoción de la presente acción".

En efecto, la desigualdad y la violación a sus derechos -en la zona hay múltiples feriantes y vendedores ambulantes que exhiben en mesas sus mercaderías, y confiterías que dejan sillas y mesas en la vereda a idéntica o incluso mayor distancia que ellos-, por sí solo no resulta suficiente para tener por configurado un trato discriminatorio, pues se desconoce la situación de tales personas, como ser: si cuentan con autorización especial o bien, si han sido infraccionados.



Es que el amparo debe ser observado con carácter restrictivo, pues si bien el Poder Judicial tiene el control de la actividad del resto de los Poderes del Estado, ello se debe hacer sin desnaturalizar las funciones de cada uno dentro del esquema republicano de gobierno, consagrado en nuestras Constituciones Nacional y Provincial.

El crecimiento de los planteos por esta vía impone a los jueces el desafío de afinar y unificar criterios, de manera tal que se pueda mantener al amparo en su lugar de garantía y no se desborde la actividad otorgada al Poder Judicial, transformándolo en legislador o gobernante en desmedro de su función constitucional.

Una interpretación distinta, desnaturalizaría el carácter de la acción de amparo, convirtiéndolo en regla en vez de excepción lo que, por cierto, en la práctica judicial obstaculizaría la agilización que cabe darle a situaciones que no pueden -en función de la urgencia y gravedad que revisten- prolongarse en el tiempo.

No basta entonces, la sola invocación de la violación de preceptos constitucionales, como en el caso, sino que además deben concurrir otros requisitos que en su conjunto habiliten la vía elegida y que la lleven a buen puerto.

En el caso de marras, la amparista posee una licencia comercial otorgada por el municipio capitalino, y exhibe sus productos en la vereda mediante percheros o exhibidores móviles, sin embargo, de acuerdo con la Ordenanza Municipal N° 10009, sólo se permiten en las veredas, maceteros, pretilas y rejas suspendidas, por lo que se le labraron actas de infracción por la ocupación indebida del espacio público.

En un caso similar, citado en la sentencia de grado y al contestar el recurso de apelación, -"MESAS LILIANA MABEL Y OTROS CONTRA MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 475745/2013)-, la Sala II de esta Cámara,



con voto de la Dra. Patricia Clerici, entre otras cosas sostuvo: "Ahora bien, el ejercicio del comercio y la industria, tal como lo prescribe la misma Constitución Nacional, puede realizarse siempre de acuerdo con las leyes que reglamentan tal ejercicio (art. 14).

"Se ha señalado recientemente en autos "C.A.E.F.A. c/ Provincia del Neuquén" (P.S. 2015-II, N° 94), "Desde antiguo -año 1886- la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la facultad estatal de imponer restricciones y aún prohibiciones más allá de la licitud de la actividad de que se trate (autos "Varios puesteros próximos al Mercado Central c/ Empresarios del mismo Mercado", Fallos 3:468).

"La doctrina señala que las reglamentaciones de los derechos económicos (entre los que se encuentra el de comerciar y ejercer toda industria lícita) se justifican en razón de intereses generales, no siempre sencillos de precisar y que, por lo tanto, implican elecciones políticas de conveniencia y oportunidad...".

"De ello se sigue que, en principio, la prohibición de exhibir mercadería en la vereda del comercio resulta una restricción autorizada por la misma Constitución Nacional a la actividad de los amparistas; restricción que no aparece, prima facie, como irrazonable o ilógica a poco que se advierta que la finalidad primera de las veredas es permitir el tránsito de los peatones".

"Indudablemente si esta restricción ocasiona un daño que los amparistas no están obligados a tolerar o importa un trato discriminatorio hacia ellos, es deber de la judicatura amparar los derechos conculcados, pero, como lo adelanté, estos extremos no se encuentran acreditados.

"El daño no está mínimamente probado. La parte actora denuncia una reducción en las ventas del 50% y la



necesidad consecuente de despedir personal, pero esto no está acreditado.

"Por otra parte resulta difícil aceptar que la sola prohibición de exhibir mercadería en la vereda, cuando se cuenta con vidrieras que permiten la oferta al público de la mercadería, produzca un daño de tales dimensiones".

Por lo tanto, al no compartir los fundamentos expuestos por la apelante, es que habré de propiciar el rechazo del recurso interpuesto sobre este aspecto.

En otro orden, y en relación a la apelación de honorarios de los letrados de la demandada por altos, debo observar la actuación de ellos, el valor del JUS a la época de la regulación (\$ 992,29) y lo dispuesto por el art. 36 de la Ley 1.594, por tanto, la regulación cuestionada resulta ajustada a derecho, correspondiendo su confirmación.

IV.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo confirmar la resolución de grado en todo aquello que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a la actora vencida (art. 68, CPCyC).

Los honorarios de los profesionales que participaron en esta Cámara se deberán regular en el 30% de lo establecido en la anterior instancia, de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

Así lo voto.

El Dr. Medori dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución obrante a fs. 161/167 y vta., en todo cuanto ha sido materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 68 C.P.C.C.).



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado, de acuerdo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA