



Educación

Prorroga de la concesión para la explotación de un puesto de alimentos. La Ley 10592 otorga prioridad para la explotación de pequeños comercios a las personas con discapacidad

L. F. F. contra Municipalidad de La Plata. Demanda contencioso administrativa

07/03/2007

En la ciudad de La Plata, a 7 de marzo de 2007, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Negri, de Lázzari, Pettigiani, Hitters, Roncoroni, Genoud, Kogan, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa B. 58.760, "L. , F. F. contra Municipalidad de La Plata. Demanda contencioso administrativa".

ANTECEDENTES

1. F. F. L. Promueve demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de La Plata solicitando la anulación de los decretos por medio de los cuales la citada comuna no hizo lugar a su pedido tendiente a que se le permitiera continuar como concesionario de la explotación de un puesto de venta de emparedados y gaseosas en la Plaza Moreno de esta ciudad.

Pide que se condene a la accionada a otorgarle la continuidad de la explotación del citado puesto con fundamento en la ley 10.592, con expresa imposición de costas.

2. A fs. 83/84 el Tribunal ordena la suspensión de la ejecución de los actos impugnados, la que importa que la demandada deberá permitir al actor continuar con la explotación del puesto de venta prefabricado nº 14, ubicado en Plaza Moreno de La Plata, previa caución juratoria (v. res. del 9-XII-1997).

3. A fs. 170/173 se presenta la Municipalidad de La Plata solicitando el levantamiento de la medida



cautelar con fundamento en el art. 23 del Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo -entonces vigente-.

4. El 3-III-1998 esta Suprema Corte hizo lugar al levantamiento de la medida cautelar bajo la responsabilidad de la autoridad demandada y personal del Intendente municipal doctor Julio Alak, por los perjuicios que la ejecución de las decisiones impugnadas en la demanda pudiese ocasionar al accionante (fs. 179).

5. El 16-IV-1998 el accionante amplía su demanda reclamando los daños y perjuicios derivados de la privación ilegítima de la explotación del puesto nº 14 ubicado en Plaza Moreno (fs. 195/199).

6. Corrido el traslado de ley se presenta en autos la Municipalidad de La Plata argumentando acerca de la legitimidad de los actos impugnados y solicitando el rechazo de las pretensiones del demandante, en particular y por su extemporaneidad, el reclamo de los daños y perjuicios ocasionados.

7. Agregadas las actuaciones administrativas, el cuaderno de pruebas de la actora y los alegatos de ambas partes, la causa quedó en estado de dictar sentencia.

8. El 10-VIII-2005 (fs. 392) el Tribunal -advirtiendo que en la providencia que dispuso levantar la medida cautelar dictada en autos a fs. 179 hizo extensiva la responsabilidad por los daños que pudieran irrogarse a la autoridad demandada y al señor Intendente Julio Alak- decidió darle vista por el término de treinta días para que en forma personal tome conocimiento de todo lo actuado, suspendiendo el llamamiento de autos para sentencia.

A fs. 396/412 se presenta el señor Julio Alak y peticiona que se declare la inoponibilidad a su respecto de la providencia de fs. 179 y la nulidad de las actuaciones posteriores, pretendiendo su total apartamiento de la causa.

A fs. 419/420 se presenta el actor y manifiesta que en tal carácter la demanda fue interpuesta contra la Municipalidad de La Plata; que resulta cierto que el señor Alak no fue notificado de la



providencia de fs. 179 y que nada objeta a que se exima de responsabilidad al señor Intendente.

El 22-III-2006 el Tribunal decidió apartar al señor Julio Alak de la presente causa (arts. 15 de la Constitución provincial; 23 de la ley 2961 -entonces vigente-; 26 de la ley 12.008 -texto según ley 13.101-) y continuar el trámite con la Municipalidad de La Plata como contraparte demandada en autos.

9. Reanudado el llamamiento de autos para sentencia se decidió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª ¿Es fundada la demanda?

En caso afirmativo:

2ª ¿Procede formalmente el pedido de resarcimiento de daños y perjuicios?

En caso afirmativo:

3ª ¿Qué indemnización corresponde fijar?

VOTACION

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. Relata el actor que en 1992 y por siete años le fue otorgada la concesión del puesto nº 14 de la Plaza Moreno para la venta de emparedados y gaseosas, que abonó puntualmente el canon establecido y que, ante el inminente vencimiento del término, solicitó invocando su condición de discapacitado y las normas tuitivas de esa condición -art. 36 inc. 5º de la Constitución provincial y ley 10.592 y su decreto reglamentario 1149/1990- que se le permitiera continuar con la explotación del puesto mediante prórroga de la anterior concesión u otorgamiento de una nueva.



Su solicitud -continúa- fue denegada mediante el decreto 2287/1997, decisión que fue confirmada por el decreto 2346/1997, que rechazó el recurso de revocatoria que interpusiera.

Considera que su incapacidad se encuentra suficientemente acreditada con las certificaciones expedidas por el Ministerio de Salud y que las normas invocadas le otorgan el derecho que pretende hacer valer atento su condición de minusválido.

2. La Municipalidad de La Plata sostiene -en lo esencial- que el actor carece de un derecho subjetivo de carácter administrativo preexistente que le permita reclamar lo que pretende en la demanda.

Para abonar esa postura relata que el actor explotó en calidad de concesionario el puesto nº 14 de la Plaza Moreno a raíz de la transferencia que a él y a su socio les hiciera el titular originario de esa unidad fiscal. Agrega que tal situación se extinguió al vencer el plazo de concesión y que, con posterioridad a ese hecho, se presentó a la Municipalidad para solicitar una prórroga no prevista originariamente. Afirma que en esa oportunidad invocó por primera vez su condición de discapacitado y normas provinciales dictadas con la finalidad de proteger a quienes padecen de alguna minusvalía.

Agrega que la ley 10.592 determina un derecho de prioridad en favor de las personas discapacitadas no así un derecho a requerir el otorgamiento de una concesión, menos aún en un lugar y durante un tiempo determinado.

Abunda en consideraciones acerca de la legitimidad de los actos atacados, se opone a la ampliación de demanda, niega que los hechos vinculados con el desalojo hayan ocurrido en la forma que lo relata el actor y solicita el rechazo de la demanda.

3. De las constancias documentales agregadas a la causa surgen los siguientes datos relevantes para su dilucidación:



a) El señor L. solicitó a la Municipalidad de La Plata, con fecha 29-VIII-1997, la prórroga de la concesión que tenía en ese momento o, en su defecto, el otorgamiento de una nueva con relación al puesto de venta prefabricado N° 14 ubicado en Plaza Moreno, fundando expresamente tal petición en las disposiciones de la ley 10.592 (fs. 4).

b) Frente al retardo de la resolución, solicitó pronto despacho de las actuaciones, incorporando como fundamento normativo del reclamo la disposición del art. 36 inc. 5° de la Constitución de la Provincia (fs. 9).

c) Por medio del decreto 2287/1997, el Intendente municipal resolvió no hacer lugar al pedido de continuar con la explotación del puesto en cuestión, intimar al desalojo del bien y, en cuanto a lo que denominó "petición personal del señor F. F. L. , encuadrada en las disposiciones de la ley 10.592", que "...por el Instituto Municipal de la Producción y el Empleo se contemplará la misma en la instancia en que se proceda a llamar a licitación pública para la adjudicación de espacios de dominio público para la explotación comercial..." (fs. 10/11).

d) Contra ese acto interpuso el actor un recurso de revocatoria (fs. 12/13), que fue rechazado por medio del decreto 2346/1997, del 17-XI-1997, por considerar "...evidente que no le asiste al señor L. ningún derecho para exigir del poder administrador el otorgamiento de una concesión de similar naturaleza y en el mismo lugar, para la explotación del mismo tenor a la que practicó con el señor Y. Ello así porque no existe norma que genere derecho alguno -ni a él ni a terceros- para reclamar de la administración la adjudicación de una concesión en forma directa..." (fs. 15/16).

e) Con fecha 18-VIII-1997 el puesto de venta prefabricado n° 14 fue entregado bajo la figura del permiso precario a un tercero, en el marco de una ordenanza destinada a solucionar el problema surgido como consecuencia de la prohibición de la venta ambulante en esta ciudad (fs. 66/67).

4. No existe controversia sobre la condición de discapacitado del actor, acreditada por las certificaciones médicas acompañadas a fs. 21/22.

De las constancias expedidas por la Junta Médica del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos



Aires, surge que el actor sufrió la amputación bilateral de las manos, destrucción carpiana y el reimplante de aquéllas, calificándose su minusvalía como motora, parcial, permanente y de pronóstico reservado. En ellas se determina, asimismo, que la incapacidad existía al tiempo de hacerse cargo del puesto nº 14, con independencia de que su condición no hubiese sido invocada en esa ocasión.

5. Sentado lo que antecede y, adelantando mi opinión favorable al progreso de la pretensión que contiene la demanda, resulta imprescindible efectuar una reseña de las normas constitucionales y la legislación dictada, vinculadas a la protección de las personas discapacitadas.

a) El art. 75 de la Constitución nacional -luego de la reforma de 1994- establece en su inc. 23 que corresponde al Congreso "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

b) En el ámbito nacional, y aún antes de la reforma constitucional, la ley 22.431 crea el Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas, disponiendo que el Estado nacional, sus órganos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 4% de la totalidad de su personal (art. 8).

c) La ley 23.462 aprueba el convenio 159 de la O.I.T. sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. Entre sus disposiciones prevé que todo miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

d) La ley 24.013, por su parte, instituye programas de empleo para discapacitados y promueve su contratación a través de diversos estímulos regulados en los arts. 42 y 86/89 de la ley.



e) En la provincia, la Constitución reformada en 1994 en su art. 36 establece: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:

... 5. DE LA DISCAPACIDAD: Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados...".

f) La ley 10.592 -anterior a la reforma constitucional- instituyó el Régimen Jurídico Básico e Integral para las Personas Discapacitadas. En su art. 11 -norma invocada por el actor en sustento de su pretensión- dispone: "En todos los casos en que se conceda u otorgue el uso de bienes del dominio público o privado del Estado provincial o de las municipalidades para la explotación de pequeños comercios, se dará a prioridad a las personas discapacitadas que puedan desempeñar tales actividades, siempre que los atiendan personalmente, aún cuando para ello necesiten la eventual colaboración de terceros. Idéntico criterio adoptarán las empresas del Estado provincial, con relación a los bienes que les pertenezcan o utilicen.

La reglamentación determinará las condiciones y actividades a que hace referencia el párrafo anterior.

Será nula de nulidad absoluta toda concesión o permiso que se otorgue sin respetar la prioridad establecida en el presente artículo. La Subsecretaría de Trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá requerir, en los plazos legales, la revocación de tal concesión o permiso.

Cuando por las razones antedichas se revocare concesión o permiso, el organismo que corresponda otorgará los mismos en forma prioritaria y en idénticas condiciones a persona o personas discapacitadas".



Efectuada la reseña precedente cabe concluir que corresponde hacer lugar a la demanda -tal como lo adelanté- condenando a la Municipalidad de La Plata a otorgar al actor la continuidad en la explotación del puesto nº 14.

Ello así, pues las medidas positivas a que hacen referencia algunas de las normas transcritas y los principios que las informan no son otra cosa, de acuerdo a las circunstancias de este caso, que el dar prioridad y conceder el uso del bien pretendido por el demandante, asegurando así que una persona discapacitada conserve su puesto de trabajo y subsistencia.

La postura de la accionada no condice con la intención del legislador y menos aún con la letra y el espíritu de las Constituciones nacional y provincial.

Adviértase que el actor no es una persona desvinculada del municipio que pretende un puesto de venta en un lugar y por un tiempo determinado. Por el contrario, se trata de su concesionario que solicita la prórroga del contrato haciendo valer la prioridad que le otorgan las leyes.

La cuestión, entonces, debe analizarse a la luz del marco que prevé el art. 39 inc. 3º de la Constitución provincial y sin perder de vista que su esencia gira en torno a la inserción y mantenimiento en la vida activa de las personas afectadas por una discapacidad de modo que, no obstante ella, puedan prestar un servicio útil a la sociedad y, a la vez, asegurarse para sí medios de subsistencia.

No entenderlo así implica preterir los principios contenidos en la Constitución nacional y en su similar provincial con relación a la necesidad de protección de la persona discapacitada (arts. 75 inc. 23, primer párrafo, Const. nac. y 36 inc. 5º, Const. prov.; causa B. 58.854, "Cal Herbertz", sent. del 16-VIII-2000).

Además, indudablemente, los mandatos que estas normas fundamentales contienen no se dirigen solamente al legislador o a quien se halle a cargo de la Administración, sino también al Juez, constituyéndose en verdaderos principios jurídicos aplicables a los casos sometidos a su



conocimiento y decisión. Las acciones positivas que -por aplicación de esos principios- el Estado debe llevar adelante no se ejercen exclusivamente a través de leyes o actos administrativos sino también por medio de sentencias.

Al resolver como lo hizo, la Municipalidad de La Plata aplicó las reglas relativas al contrato de concesión pero olvidó considerar los principios que gobiernan la materia del trabajo, la seguridad social y la situación jurídica de las personas discapacitadas a la vez que, ciertamente, también las reglas que contienen las leyes dictadas en ese ámbito que, como señalé, contemplan la situación de modo específico.

6. La solución que propongo no se modifica por la circunstancia de que a la fecha de la petición se encontrara vencido el término de la anterior concesión, ni que ésta hubiese sido obtenida por el accionante en su calidad de integrante de una sociedad de hecho y de manos de un tercero.

Con respecto a ello destaco que el actor pidió la prórroga dentro del plazo otorgado para desalojar el puesto de venta (según surge de las constancias de la cédula glosada a fs. 3), de modo tal que considerar esa solicitud como la de una nueva concesión o la prórroga de la ya existente no pasa de ser una cuestión meramente formal pues al momento de formular el pedido fundado expresamente en el art. 11 de la ley 10.592 el señor L. se encontraba explotando el bien mediante título legítimo y sufría la incapacidad que alegó para fundar su pedido en las normas protectorias de la discapacidad que -por otra parte- la comuna debió tener en consideración.

Resulta inequívoco entonces que lo que el actor pretendía era, por vía de la prórroga de la concesión existente -o a través del otorgamiento de una nueva o de un permiso- continuar al frente del puesto nº 14 de la Plaza Moreno, en el que ya se encontraba afianzado y en relación al cual poseía pleno conocimiento y manejo de su giro comercial.

Tampoco me parece relevante el hecho de que el actor no haya alegado su minusvalía al inicio de la actividad, pues el presupuesto de la ley es la discapacidad misma debidamente acreditada y, está de más decirlo, en aquel momento el señor L. no tuvo necesidad de acudir a la protección que aquélla brinda.



De todo esto surge que no le asiste razón a la Municipalidad de La Plata cuando insiste en que el demandante no es titular de ningún derecho subjetivo de carácter administrativo porque la concesión de la que era titular -ése sería en su opinión el derecho invocado- se habría extinguido por el vencimiento del término.

La situación jurídica que el actor invocó y la comuna vulneró a través de las decisiones que aquí se cuestionan es la que se configura a partir de los principios que gobiernan la materia, el plexo de normas antes transcriptas y, concretamente, la consagrada en el art. 11 de la ley 10.592. Frente a los términos de esta última parece difícil -si no imposible- fundar la negativa de la Municipalidad, pues si se une la "prioridad" que esa ley otorga a las "personas discapacitadas que puedan desempeñar tales actividades" al hecho de que el accionante ya las venía llevando a cabo, no puede más que concluirse que es ese marco -el de los principios, la ley y la situación de hecho- el que generó un derecho en cabeza del demandante y, por ende, una obligación a cargo de la Administración.

Los hechos en los que fundó la Municipalidad su pedido de levantamiento de la medida cautelar dispuesta por este Tribunal, sin perjuicio de la evaluación que la comuna haya hecho en relación a la incidencia sobre el interés público que pudieran tener, son completamente ajenos al demandante y no pueden servir de justificación al sacrificio de su derecho. En especial, si se tiene en cuenta que la propia ley 10.592, en su art. 11, fulmina con sanción de nulidad absoluta a las concesiones o permisos que se otorguen sin respetar la prioridad que allí se establece.

Así, en aras de solucionar el conflicto que con los vendedores ambulantes mantenía la municipalidad, ésta violó el derecho del actor a seguir explotando el bien como lo hacía al momento de la solicitud y otorgó a un tercero permiso de uso precario nulo en los términos de la ley que rige la cuestión.

Es por todas las razones expuestas que corresponde hacer lugar a la demanda, anular los actos impugnados y condenar a la Municipalidad de La Plata a otorgar al actor la continuidad en la explotación del puesto de venta nº 14 de la Plaza Moreno de La Plata, de acuerdo a lo dispuesto



en el art. 11 de la ley 10.592 y su reglamentación, explotación que deberá regirse en punto a sus términos y condiciones por las disposiciones vigentes en la materia en el ámbito de la comuna.

Costas por su orden (art. 17, ley 2961, 78 inc. 3º, ley 12.008 -texto según ley 13.101-).

Voto por la afirmativa.

Post scriptum.

En este expediente, iniciado en noviembre de 1997, voté por primera vez el día 11 de julio de 2002. En esa fecha lo devolví a Secretaría.

Ahora, en mayo de 2006, casi cuatro años después, y luego de varias recirculaciones y alternativas procesales complejas, me llega nuevamente, para que pueda conocer y en su caso adherir a la diversa solución que propone quien vota en segundo término.

Sobre el particular quisiera hacer las siguientes precisiones:

1. Me resulta imposible dejar de compartir todo lo expuesto por mi distinguido colega en orden a la justicia que debe primar en la solución de las controversias.

Siempre he defendido que el juez no es un mero aplicador de la ley (como ciertas formalizaciones neokantianas han sostenido, inquietantemente) sino el verdadero guardián y curador del derecho.

En él debe darse la delicada síntesis entre el derecho positivo y una idea de justicia que trasciende cualquier posición concreta.

Luego, en este caso, como en todo otro, el respeto a la dignidad humana y de los valores que le están íntima y directamente vinculados, deben gravitar decisivamente en la sentencia.

2. Una consideración así no podría llevar sin embargo a desconocer la importancia ni eludir la



aplicación de las normas que rigen el proceso: ni de principios como el de congruencia, en donde se encuentran desplegadas también y no en escasa medida, las mismas ideas y valores de dignidad y respeto.

He sostenido desde hace tiempo, en mis votos, que las normas deben ser interpretadas de un modo que permita descubrir su armonía con los derechos por cuyo ejercicio velan. Que existe una coherencia de contenido entre los requerimientos procesales y los derechos fundamentales. Y que unos y otros no pueden ser entendidos aisladamente, sino leerse como una conjunción sistémica de resguardos a la dignidad personal (conf. mi voto en Ac. 35.064, sent. del 22-X-1985; Ac. 52.544, sent. del 7-II-1995; Ac. 75.329, sent. del 18-IV-2001, entre muchas otras).

Es tiempo una vez más de recordar y aplicar esa doctrina, sobre todo cuando se trata, como en el caso, de restaurar la vigencia de los derechos de la parte manifiestamente más débil en la relación sustancial.

3. Decidir que al actor le cabe razón pero, en vez de restituirlo adonde trata de volver para ejercer su actividad injustamente impedida, abrir un prisma de posibilidades inciertas que en definitiva tendrá que ofrecer la misma entidad a la que demandó, me parece que sólo sirve para que permanezca la situación de conflicto.

Si la decisión a la que arriba luego de todo este largo tiempo resulta ser que las propias partes deben acordar la solución a su controversia (aunque se le dé sentido imperativo a esa necesidad): ¿qué pasará si, como hasta ahora, siguen sin lograrlo? ¿se reiniciarán las actuaciones fenecidas?

4. Lo pedido por el actor fue claro. Eso es lo que a mi juicio corresponde decidir (y así lo fija, por lo demás, la pregunta que da inicio a la votación). Por sí o por no, si tiene fundamento su demanda.

Una solución indefinida, una gestión que deben realizar las mismas partes, pareciera acercarse (lo digo muy respetuosamente) más a un fracaso en la tarea judicial que a la sentencia que debe poner fin al litigio.



A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

I. -Disiento con la propuesta decisoria del doctor Negri. Aún cuando resulta imposible negar la relevancia de la normativa que cita en su voto, encuentro que las probanzas aportadas (también la falta de ellas), y otros hechos que son de decisiva relevancia, no permiten inferir que la situación que aquí se trata merezca el amparo de los preceptos citados, al menos en la medida propuesta por el colega.

Lo espinoso de la cuestión planteada hace indispensable realizar algunas consideraciones que tienen que ver no sólo con los hechos probados sino también con los alcances de los derechos del peticionante y las obligaciones del poder administrador, tema central sobre el que -en definitiva- gira toda la cuestión.

II.- Las muchas normas que en el voto anterior se resumen son concordantes en otorgar, a las personas que sufren algún tipo de discapacidad, ciertos privilegios. Éstos toman la forma de prioridad de elección a su favor ante ciertas situaciones de las que se puede derivar un beneficio, de manera tal que su impedimento -cualquiera fuere- quede compensado con una mejora de sus probabilidades. En otras palabras, y usando de lo preceptuado en el art. 11 de la específica ley 10.592: presuponiendo la existencia de una igualdad de otras condiciones, se dará preferencia para la explotación de un pequeño comercio (según ocurre en este caso) a aquél que se encuentre mermado en sus capacidades, siempre en los términos de la respectiva reglamentación.

Nadie puede objetar la significación de esta normativa sin afectar -al mismo tiempo- otros conceptos, como los de cooperación, ayuda mutua o bien común. Nadie puede estar en desacuerdo con sus finalidades sin socavar también los ideales de equidad en la distribución de cargas y beneficios, de mancomunidad ante los peligros y desdichas, de colaboración en el afrontamiento de cualquiera de los obstáculos que aparecen en nuestra vida. Muy por el contrario, concretan altos ideales y nos dejan en claro que es a los hombres a quienes toca alimentar una permanente voluntad para trabajar por el bien común, y que es a los hombres a quienes corresponde desarrollar la determinación de considerar como propias las primarias necesidades de los otros y de presentarnos como responsables por ellos a la hora de resistir a la



adversidad. En otras palabras, es a nosotros -a todos- a quienes nos incumbe la solidaridad.

De la misma manera que nadie puede desconocer este primario valor, tampoco puede ignorar que bajo su notorio influjo -y el de otros aledaños- se ha generado el plexo de normas que el voto anterior nos resume. Ello ha hecho que los comportamientos que antes resultaban recomendables en virtud de su bondad intrínseca, sean ahora jurídicamente exigibles; y que las omisiones en que se pueda incurrir al respecto, que antes no derivaban sino hacia un menguado reproche moral, generen ahora la responsabilidad de los obligados. Para decirlo en otras palabras, lo que antes hacíamos como dádiva (aunque correspondía hacerlo por deber moral), ahora se halla regulado de manera tal que significa que ciertos cursos de conducta (no sólo los de coyuntura, sino también los que implican una planificación estructural con vistas al futuro) nos son demandados, y que se han transformado en deberes, cargas u obligaciones de las que somos -cada cual en su medida- deudores y a los que acompaña toda la presión de la ley.

La aclaración de estos aspectos, creo, permite desentrañar los conceptos de legitimado activo y pasivo, y llama la atención sobre el hecho de que a favor de personas que sufren menguas de su capacidad no hay meras expectativas sino auténticos derechos. Ello, como correlato, requiere de la existencia de ciertas obligaciones exigibles. Cuál la medida de tales derechos (que no pueden ser absolutos) y el grado de exigibilidad de dichos deberes (que no pueden ser incondicionados) es la temática que subyace en este juicio y a la que ahora me dirijo.

III.- 1.- El actor, F. F. L. , y su asociado, Carlos Abel Yuen, llegan a ser titulares de la concesión de uso para la explotación comercial del puesto de venta de comidas rápidas (kiosco prefabricado designado con el número 14) por una cesión que hiciera a su favor el concesionario original señor Raverta, cesión autorizada por la comuna concedente (ver el decreto 1302 del 24 de setiembre de 1992 del Intendente municipal, que obra a fs. 77/78 de la causa).

No se hace allí referencia a condición de minusválido de ninguna de las partes intervinientes. No hay cita particular de ninguna de las normas que fijan las prioridades ya descriptas, ni -reitero- se alude a que la concesión hubiera sido otorgada al cedente por su condición de discapacitado o que se autorizara la cesión porque esa misma condición afectara a cualquiera de los cesionarios, en



particular al señor L. . Solo se establece que la concesión prosigue en los mismos términos establecidos en los pliegos de bases y condiciones del llamado que se efectuara oportunamente (art. 1º del citado decreto).

En definitiva: ni para conceder la explotación del puesto, ni para autorizar la cesión de tal concesión, se tuvo en cuenta la condición de discapacitado de ninguno de los interesados. A estar a las pruebas aportadas, es recién el día 27 de agosto de 1997, cuando el actor peticiona una prórroga de la concesión, en que este elemento ingresa en la relación.

Obsérvese que no digo que la condición de discapacitado no fuera anterior a la cesión. Digo que recién cuando se pidió la prórroga se puso en conocimiento de la Municipalidad concedente (al menos, no hay prueba de que fuera hecho con anterioridad) que tal discapacidad afectaba a uno de los concesionarios.

Esto, que por sí solo no provoca definitiva convicción, adquiere mayor peso no bien se analicen otras circunstancias.

III.- 2.- Es cierto que la solicitud de prórroga (o de nueva concesión) fue presentada antes de que venciera el plazo dentro del cual la sociedad de hecho debía levantar las instalaciones: tal notificación se efectuó el 21 de agosto y se fijaban treinta días para hacerlo, y la petición se presentó -como queda dicho- el 27 de agosto. Sin embargo, debe ser señalado que la concesión se hallaba a ese entonces vencida: en la misma notificación (hay una copia glosada a fs. 3, aportada por el actor) se le hace saber que la concesión finaliza el día 21 de agosto y que el canon a pagar queda reducido hasta esa fecha.

Casi una semana después de esto (el 27 de agosto de 1997), uno de los titulares de la concesión vencida (el ahora actor), invocando su condición de minusválido, peticiona una prórroga o una nueva concesión para continuar con la explotación del mismo puesto.

La Municipalidad de La Plata se hallaba facultada para rechazar legítimamente la prórroga pedida. Por un lado se hallaba vencida la concesión y ésta era -según el pliego de condiciones-



improrrogable. Por otro cualquier aplazamiento o moratoria en el cumplimiento de la obligación, desde que importa una limitación autoimpuesta por la Administración a sus potestades resolutivas, remitió a una facultad discrecional de la autoridad concedente. Estimo que esa facultad ha sido llevada a la práctica sin que se advierta en el caso una desnaturalización o ejercicio irracional de la misma. Así de las constancias de autos y de la narración de los hechos efectuada surge con claridad que la concesión de uso se encontraba vencida y con fundamento en la ley 10.592, y su decreto reglamentario invoca el actor un derecho a la prórroga o nueva concesión, en el puesto 14, regulación que por otra parte si bien otorga una preferencia a aquéllos que sufran de discapacidades, no obliga a la autoridad administrativa a otorgarla o prorrogarla y menos aún en relación a un puesto o lugar determinado, dejando a salvo que se hubiese obligado por las cláusulas del contrato (ver concesión vencida, prórroga, B. 57.596, "Vinuesa", sentencia del 21-II-2001).

Las facultades discrecionales de la Administración Pública y su debido control judicial, en lo que atañe al otorgamiento de concesiones o permisos, forman parte del intenso régimen que hace al derecho administrativo, y todas las cuestiones vinculadas con el otorgamiento, renovación, revocación y prórroga respecto de una "concesión de uso" sobre bienes del dominio público, deben cumplir con el requisito de la debida fundamentación.

Queda por ver si la Municipalidad, aunque tuviera facultades para hacerlo, se hallaba en la obligación de renovar la concesión, ahora en otros términos y condiciones, a partir de la nueva circunstancia denunciada, a saber, la discapacidad de uno de los concesionarios anteriores.

Acá es donde adquiere relevancia el hecho de que nunca se hubiera puesto en conocimiento de la Municipalidad (al menos, como ya dije, no hay prueba al respecto) de la condición del actor. Siendo esto así, el poder administrador no se hallaba obligado a dispensarle un trato preferencial, como el establecido por el conjunto de reglas ya citado.

El señor L. (al tiempo que se autorizara la cesión por el titular originario) siendo una persona discapacitada no invocó en su favor los beneficios que otorga la ley 10.592 (art. 11). Gozaba en su carácter de integrante de la sociedad de hecho "Mac Pan" de la concesión sobre el bien, la cual se



encontraba sujeta a un plazo, el que una vez vencido, sin duda alguna habilitó a la Municipalidad a intimarlo al desalojo del espacio público cuyo uso especial había otorgado a la sociedad de hecho.

Claro está que este uso especial sólo pueden realizarlo aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme el ordenamiento jurídico, constituyéndose una relación intuitu personae la cual implica el nacimiento de derechos subjetivos, sujeto a un plazo de vigencia. Este derecho surge de la misma subordinación en que jurídicamente está colocado uno de los sujetos (concesionario) frente al Estado (Mayer, Derecho Administrativo Alemán, 4 vol, edit. Depalma, Buenos Aires, t. III).

Por lo tanto aún cuando ya vencida se invocara la prioridad consagrada en la ley 10.592, la misma queda supeditada o subordinada al ejercicio del poder de policía estatal.

Entonces, encontrándose vencido el plazo para el uso que le fuere otorgado y aún ponderando la discapacidad, su renovación o prórroga estuvieron sujetas a razones de oportunidad, mérito o conveniencia de la administración.

Como señala el tratadista Miguel S. Marienhoff el uso especial, -concesión de uso- "no tiene por objeto principal e inmediato satisfacer necesidades físicas indispensables para la vida misma ni permitir el desarrollo de la personalidad humana con referencia al ámbito de la libertad, sino aumentar la esfera de acción y el poder económico del individuo".

En tal sentido, no encuentro objeción que realizar al comportamiento municipal.

III.- 3.- Otros elementos confluyen para apuntalar esta conclusión: Por razones cuya conveniencia, oportunidad, o análisis político escapa a la función jurisdiccional, la Municipalidad de La Plata dispuso el día 7 de agosto de 1997 (esto es, muy poco antes del vencimiento del plazo de concesión), mediante el decreto 1211 y en el marco de los planes de reconversión laboral implementados, la posibilidad de otorgar subsidios en forma directa a ciertas personas. Tales subsidios tomaron, en algunos casos (ver art. 4 del mencionado decreto) la forma del otorgamiento de permisos precarios para la explotación de puestos prefabricados -ya existentes y



a crearse- establecidos en espacios verdes urbanos. Entre los puestos que fueron incluidos en tal artículo se halla el nº 14 (ubicado en la zona de 14 y 50 de esta ciudad).

Reitero: no nos corresponde abrir juicio, en tanto no exista una manifiesta inequidad o una arbitrariedad palmaria, sobre la conveniencia de las políticas adoptadas por el Ejecutivo municipal.

En el caso particular, a partir de una creciente desocupación y atendiendo a las disposiciones nacionales y provinciales sobre la generación de empleo, la comuna instrumentó un plan que incluía la incorporación de personal, el otorgamiento de licencias de taxis, y la concesión de permisos precarios para la explotación de los puestos ubicados en espacios públicos.

Desde ya que la determinación de tales acciones es una potestad propia del poder administrador. Pero si eso no fuera suficiente, debería agregarse que esa política parece inspirada en los mismos principios de solidaridad a que antes hice referencia.

Privilegiar a unos ciudadanos por sobre otros, aún cuando tal preferencia resulte justificada, no es de ninguna manera una tarea fácil. Tener que decidir, con medios escasos, entre dos tipos de necesidades por igual acuciantes, puede resultar angustioso. Y tal angustia se nos presenta ahora en que sabemos de la personal situación del actor. Sin embargo, esa situación no era conocida (una vez más, no encuentro pruebas de que así fuera) por la Municipalidad al tiempo de la expiración del plazo; no se presentaba, entonces, ante ella, el conflicto de intereses aludido y su deber quedaba, prima facie, cumplido al permitir la explotación de los puestos callejeros a aquéllos que en ese momento demostraban sus inmediatas necesidades.

Pretender que la comuna previera la situación del actor constituye la exigencia de un comportamiento supererogatorio: sus obligaciones se constituyen en la medida del conocimiento de las necesidades de los ciudadanos en general o, en particular, de quien aquí reclama.

En resumen: aunque la comuna platense estuviera facultada para renovar la concesión del actor, u otorgar una nueva, no estaba -sin embargo- obligada a hacerlo a partir de la novedosa situación de discapacidad de la que tardíamente se la anoticiara. A partir de ello, no advierto que haya habido



de su parte una violación de sus deberes legales, y sí el ejercicio de una potestad propia, cuando concedió permisos precarios de explotación a otros ciudadanos que cumplían recaudos reglamentariamente establecidos.

III.- 4.- No puedo dejar de señalar un aspecto más de la cuestión que, aunque como mínimo soporte, contribuye a determinar mi postura.

Ya está dicho lo suficiente sobre los derechos que corresponden a quien padece una discapacidad, y de las obligaciones de autoridades y particulares en beneficio de los mismos. Estas obligaciones no son de mera tolerancia sino que deben transformarse en acciones positivas -como se las llama en el voto precedente-, de manera que el principio de igualdad consagrado constitucionalmente se vea reflejado en hechos precisos y determinados, en actos bien definidos y en prácticas concretas. Como correlato de ello es que podemos admitir un reclamo al respecto; un reclamo que se origina más allá del mero interés para perfeccionarse como un auténtico derecho.

El señor L. (él, y no la sociedad de hecho que, aparentemente conformaba con el señor Y.) está legitimado para reclamar que, una vez demostrada su situación y en igualdad de otras circunstancias, al concluirse el procedimiento licitatorio se lo tenga en cuenta prioritariamente para ser beneficiario de una concesión, si es que la comuna resuelve hacerlo de esa forma. Pero, no tiene el derecho de exigir que, por su sola condición, se le privilegie con la adjudicación de una concesión directa sobre un espacio determinado.

No está demás observar que, en distintas oportunidades, en las consideraciones que acompañan a los decretos que fueran dictados, la autoridad administrativa ha puesto de manifiesto que la situación particular del señor L. habría de ser tenida en cuenta, en caso de nuevas licitaciones, por el I.M.P.E en el marco de la normativa aplicable. Es más: en forma expresa la comuna ha ofrecido otorgar al reclamante, a su favor y a su elección, un permiso de uso de espacio público en otras plazas de esta ciudad, lo que muestra una actitud conciliadora de su parte.

En el escrito que obra a fs. 172 vta., la Municipalidad sostuvo: "atendiendo a la condición de discapacitado del actor, en virtud de lo dispuesto por la ordenanza 7296 en su artículo 5 inc a)



como excepción a lo dispuesto por el decreto 1589/89 en su art. 3, el Departamento Ejecutivo expresa su decisión de disponibilidad para otorgar un permiso de uso de un espacio publico, en Pza. Azcuénaga (19 y 44); Pza. Alsina (1 y 38); Pza. Brandsen (25 y 60) y Pza. 19 de Noviembre (25 y 44) donde previa delimitación podrá el actor instalar un puesto de venta prefabricado para su explotación, la que se llevaría a cabo por el plazo de 2 años y mediante el pago de un canon a convenir...".

Tal ofrecimiento ha sido rechazado por el actor (así lo entiendo, a partir de las manifestaciones de fs. 177), a pesar de que nada tenía de ilegal a la luz de lo preceptuado en las Ordenanzas 7296/89 y 8779/97. Este rechazo, y esta insistencia en centrar su petición exclusivamente en una nueva concesión, en los mismos términos y sobre el mismo espacio, no aportan nada a favor de su postura, contrastando con la asumida por la Municipalidad demandada.

De esta manera es claro que si la pretensión del accionante se sustenta en la ley 10.592, la misma se encontraba cumplida con el ofrecimiento de un permiso en los espacios públicos antes citados, pues no es el particular el que está habilitado a exigir el lugar o el tiempo de duración de la misma, descartando otras opciones, más aún en las circunstancias relatadas por el mismo en cuanto a que la actividad por él desarrollada es su única fuente de ingresos y sustento.

IV. De lo expuesto hasta el momento considero que correspondería el rechazo de la demanda en los estrictos términos en que ha sido planteada. Sin perjuicio de ello cabe recordar que la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 23 de la Carta Magna) impone que el Estado debe asumir la concreción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los discapacitados, así como que en la Provincia de Buenos Aires contamos con normas que conducen al otorgamiento de puestos de trabajo. Por tanto, el juez debe interpretar las normas existentes a la luz del principio de acción positiva (ver Kemelmajer de Carlucci, "Las acciones positivas", publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, abril de 2001; Bidart Campos, Germán "Tratado elemental de Derecho constitucional argentino", Bs. As, Ediar, 1995, t. VI, pág. 315; Ac. 84.856, sent. del 26-II-2003) (S.C.B.A., Acuerdo 86.250, sent. del 23-XII-2003).



Estas acciones positivas son estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales (concepto extraído del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Estado) y tienen como objetivo el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado. En principio, no tienen por finalidad la igualdad entre los individuos, aunque, obviamente, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman. Es la pertenencia a un grupo y no los caracteres individuales de cada miembro el presupuesto para asumir estas acciones.

Si bien son un mandato que va dirigido al Congreso, pueden ser tomadas en cuenta por los jueces con el fin de orientar en la interpretación judicial de las causas sometidas a su decisión (Ekmekdjian, Miguel A, "Tratado de derecho Constitucional", t. II, 1997, Ed. Depalma).

Entiendo que la sociedad tiene una obligación que consiste en remover las barreras que obstaculizan una plena e igual participación, proporcionando los medios que permitan el verdadero cumplimiento de la misma y teniendo en cuenta que el fundamento de dicha protección está en la dignidad de la persona, en la cual quedan comprendidos y justificados todos los derechos frente a los demás miembros de la sociedad.

La discapacidad es definida como "un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud y sus factores contextuales" (definición dada por la Organización Mundial de la Salud en la publicación "Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). Quienes se encuentran en esa instalación tienen los mismos derechos fundamentales de las demás personas. Tal afirmación se apoya en el firme reconocimiento de que el ser humano posee una dignidad propia y un valor autónomo propio desde su concepción y en todos los estadios de su desarrollo, sean cuales sean sus condiciones físicas. Este principio que brota de la recta conciencia universal, debe ser asumido como el fundamento inquebrantable de la legislación y de la vida social".



La Argentina cuenta con una extensa legislación en materia de normativa relacionada con el colectivo de las personas con discapacidad. Resulta imprescindible efectuar una reseña de las normas constitucionales, sus antecedentes y la legislación dictada, tanto a nivel nacional como provincial, vinculadas a la protección de las personas discapacitadas.

a) El art. 75 de la Constitución nacional -luego de la reforma de 1994- establece: "Corresponde al Congreso:... inc. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

b) En el ámbito nacional, y aún antes de la reforma constitucional, la ley 22.431 creó el Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas.

c) La ley 23.462 aprueba el convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 20 de junio de 1983.

d) La ley 24.013 con los Programas Especiales de Empleo para discapacitados atendiendo al tipo de actividad laboral que las personas puedan desempeñar según su calificación.

e) A nivel provincial la Constitución, luego de la reforma de 1994, en su art. 36 establece: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:

"... 5. DE LA DISCAPACIDAD: Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados...".



f) La ley 10.592 (A.D.L.A., XLVII-D, pág. 4921) instituyó el Régimen Jurídico Básico e Integral para las Personas Discapacitadas.

Así el art. 1º dice: "Establécese por la presente ley un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas. El Estado provincial asegurará los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a los discapacitados en imposibilidad de obtenerlos.

Asimismo, brindará los beneficios y estímulos que permitan neutralizar su discapacidad, teniendo en cuenta la situación psico-física, económica y social, y procurará eliminar las desventajas que impidan una adecuada integración familiar, social, cultural, económica, educacional y laboral".

El art. 2 dispone que "... se considerará que, dentro de la experiencia de la salud, una discapacidad es toda restricción o ausencia -debido a una deficiencia- de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano".

El art. 3 establece que la "certificación de la existencia de la discapacidad, a los fines de esta ley, de su naturaleza y grado, y las posibilidades de rehabilitación del afectado, será efectuada por los organismos que determine el Ministerio de Salud...".

V.- Bajo tales premisas, constatada la ausencia de derecho del actor para prorrogar la concesión ya vencida del puesto nº 14 o de obtener una nueva sobre el mismo, es necesario sin embargo encontrar salida adecuada al diferendo.

En las consideraciones que siguen habrá de proponerse una composición del conflicto procurando respetar a ultranza los primordiales valores ya destacados y la necesidad de adoptar acciones positivas en favor del discapacitado, contemplando debidamente los intereses en juego.

Antes de esbozarla me adelanto a replicar posibles objeciones. Podrá decirse que comportará flagrante violación del principio de congruencia, estrepitoso desborde del juzgador extra, infra y ultra petita, instalación en un terreno no querido por las partes, quebrantamiento de principios



procesales consagrados desde siempre. Sin embargo no me arredran tales objeciones en esta insoslayable misión de hacer justicia.

Sostengo la posibilidad de trascender en las especialísimas circunstancias del caso el marco estricto y a la vez estrecho -si se lo interpreta cerradamente- de la pretensión y su réplica, aprehendidas en forma literal. Sobre la base de los ya recordados principios fundamentales contenidos tanto en la Constitución de la Nación como en la de la Provincia, que exigen prioritaria atención al problema de la discapacidad, al cobijo de la tutela judicial continua y efectiva que consagra el art. 15 de la carta magna local, entiendo que una particularísima circunstancia acaecida en la causa permite hacer pie en ella para otorgar el sentido que postulo a la decisión a adoptarse. Me refiero a la conducta de la propia Municipalidad, que precedentemente ha quedado debidamente esclarecida mediante la transcripción de lo que expresara en su presentación de fs. 172 vta. Allí ofreció un permiso de uso de espacios públicos en diversos lugares alternativos, atendiendo a la discapacidad del demandante y procurando hallar salida a su problema. Mediante esa propuesta superadora, ha tenido lugar una suerte de allanamiento parcial al sentido último de la pretensión, exteriorizando una voluntad razonablemente componedora. A todo esto, la conducta de las partes en el proceso es pauta primera de interpretación (doctrina del art. 163 inc. 5º del C.P.C.C. de la Nación).

En esa línea, de lo demandado debe extraerse el verdadero núcleo, soslayando la ya demostrada improcedencia de atribución de un puesto determinado en un lugar determinado. Ese verdadero núcleo es el centro de interés que ha de juzgarse a la luz del ya recordado pseudo allanamiento municipal, y está constituido por el angustioso y justo reclamo de quien, con su integridad corporal frustrada, exige mantener un medio razonable y adecuado de vida. Tal es el zumo, la sustancia intrínseca, el motor que atribuyo a la demanda más allá de sus alcances gramaticales o sus eventuales imperfecciones técnicas.

En ese cometido encuentro, como ya se ha expresado, una voluntad paralela y coincidente de la autoridad, enderezada en la misma dirección, ofreciendo satisfacer tal aspiración con el otorgamiento de un puesto de venta alternativo, no ya el mismo N° 14 (porque este último resultó adjudicado a terceros conforme a un procedimiento administrativo que aparece como regular),



sino alguno similar en distintas plazas de la ciudad a elección del demandante. Advierto por tanto confluencia entre las partes en sentido de preservar la fuente de trabajo y supervivencia del actor, lo que razonablemente no parece amenazado si el emplazamiento del puesto se sitúa no en la intersección de las calles 14 y 50 sino en alguno de los lugares indicados por la Municipalidad a fs. 172 vta. o similares.

No se me escapa que el sitio en donde se desarrollaba la actividad de L. (Plaza Moreno) seguramente depare mayor lucro. Pero no estamos hablando aquí de lucro sino de inserción laboral adecuada, de materializar medios de subsistencia razonables, de posibilitar oportunidades.

Propongo entonces una solución alternativa, que haga lugar a la demanda entendida como adjudicación de una concesión de un puesto de venta de alimentos en lugar público, mas no en la forma estrictamente pretendida. Estimo que, descansando en la propuesta municipal ya recordada, en el plazo de ciento ochenta días el municipio deberá arbitrar los medios necesarios para otorgar al señor L. un conjunto de opciones de adjudicación de puestos de venta en sitios aptos para su explotación comercial y con entidad económica suficiente para asegurar su subsistencia.

Me permito remarcar que ello proviene del inusual acaecimiento en el transcurso del proceso de la exteriorización de una voluntad de la parte demandada tendiente a implementar soluciones prácticas al conflicto. Esta circunstancia adquiere entonces relevancia mayúscula, quedando en claro que la línea decisoria que esbozo responde a tal circunstancia. No es la sola discapacidad, entonces, la que se erige en título apto sino ese rasgo que se une a la aquiescencia de la autoridad, en función sumatoria integradora de un litigio que, de otro modo, conduciría a la total frustración y al desentendimiento de valores superiores ya largamente enunciados.

Me asiste el convencimiento de que es la única manera de hacer justicia en el caso. Un difícil punto de equilibrio, una nueva experiencia que prevalece sobre rigideces formales y alumbró un nuevo horizonte. Es la hora de la conciencia sobre los derechos, los deberes y las responsabilidades. Y también sobre la manera de defenderlos. Si linealmente considerada, la demanda centrada en quedarse a toda costa con un puesto de venta determinado, cuya concesión



ha fenecido, está destinada al fracaso, no por ello puedo cercenar y aniquilar la real y efectiva protección que el discapacitado merece, como se dijo al principio no solamente desde el plano ético, solidario y moral sino puntualmente desde lo jurídico, cuando tenemos a la vista un compromiso de la municipalidad de atender razonablemente el problema.

La evolución de nuestros tiempos procesales demuestra acabadamente que es posible la solución que procuro. Repasando sucintamente distintos fenómenos, puede apreciarse por ejemplo que la Corte Suprema ha dado cabida desde hace décadas a la doctrina de la arbitrariedad, sin texto alguno que la consagre y aún en contra de los textos que explícitamente discriminan las hipótesis de admisibilidad del recurso extraordinario federal. Nuestro propio Tribunal, constreñido legalmente al tratamiento de cuestiones de derecho, interviene cotidianamente en las de hecho y prueba sobre la base del concepto de absurdo. La misma Corte federal, en el desgraciado caso "Morales María Soledad", (7-VII-1992), ha expresado que "la utilización de los poderes destinados a salvaguardar el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los magistrados intervinientes, constituye un imperativo categórico". Agregando en el mismo precedente que la necesidad de "afianzar la justicia" impone la exigencia de encauzar las actuaciones de modo que ambas partes puedan alcanzar rápidamente el objetivo que persiguen mediante su actuación en el proceso.

El soporte, entonces, de esta manera de situar el litigio, proviene de la propia Constitución. Ha expresado Morello, en este sentido, que ella es una norma cualitativamente distinta porque incorpora el sistema de valores esenciales que ha de contribuir al orden de conveniencia social. Se adapta, vía interpretación, a todos los tiempos y circunstancias e informa y orienta a la totalidad del ordenamiento. Es el espejo en el que al cabo se refractan las libertades y sus razonables limitaciones. La observancia del sistema de valores incorporados en la Constitución requiere la más exquisita, prudente y lúcida interpretación teleológica (El proceso justo, p. 567 y sgts.). En el área de la justicia de protección -nada menos que a la discapacidad-, la flexibilidad llega al máximo, vedándose cualquier frustración de derechos de hondo contenido social. La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (C.S., "Fallos", 314-424, 441/442). El art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la



satisfacción de los derechos económicos y sociales "indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Todo lo cual armoniza con otro principio señero de nuestra Constitución nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Justicia Social, conceptuada por el Máximo Tribunal de la Nación como "la justicia en su mas alta expresión", consistiendo "en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización", "por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" ("Fallos", 289-430-436; 293:26,27; art. 75 inc. 19, Const. nac.).

En resumen, el camino esbozado ciertamente no refleja la ortodoxia procesal. Pero los jueces deben juzgar las cuestiones meramente formales con criterio amplio a fin de no perjudicar un reclamo que se vincula con un beneficio de naturaleza alimentaria (C.S., Fallos, 280:75; 294:94). Un estricto apego al principio de congruencia conduciría a la ya enunciada repulsa. Sin embargo, los conceptos procesales admiten flexibilización en supuestos excepcionales como el que nos ocupa. De allí que corresponda armonizar aquellas exigencias de tipo formal con las particularidades que se presentan, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles. Hay un verdadero principio de utilidad de la sentencia, que se vincula con otro preponderante que es el valor eficacia del servicio de justicia, que ha de servir verdaderamente para cumplimentar el auténtico rol de la jurisdicción de suprimir los conflictos y lograr la paz social. En otras palabras, debe tenerse clara conciencia de la función instrumental del proceso, cuyo objeto radica en la efectivización de los derechos (conf. L. 81.216, "Castro", sent. del 22-X-2003; L. 82.888, "Adasme", sent. del 18-II-2004; L. 79.806, "Pungitore", sent. del 1-III-2004, entre otras).

Pesa sobre los jueces un específico deber: el de ponderar qué es lo que se seguirá de su fallo, cuáles consecuencias o efectos, el sentido, alcance y derivaciones del resultado al que arriben. No pueden permanecer indiferentes a esos resultados. Habrán de representárselos formulando una tarea de verificación de los mismos en función del valor justicia. Esta ponderación de las consecuencias de la decisión ha sido sostenida reiteradamente por la Corte Suprema: "Si la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de sus términos, conduce a



resultados que no armonizan con principios axiológicos superiores, arriba a conclusiones reñidas con las circunstancias del caso o a consecuencias notablemente disvaliosas, la interpretación de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines y a los principios fundamentales del derecho en grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo" (Fallos, 302:1284). "La aceptación de soluciones disvaliosas es incompatible con la misión de los jueces" ("Fallos", 313:1238).

Es por ello que existe un compromiso y una responsabilidad social de la justicia en cumplimentar tales objetivos y en desarrollar acciones que prevengan, eviten o hagan cesar determinados daños o circunstancias disvaliosas, lo que emerge de la propia Constitución (Preámbulo, arts. 14, 28, 33, etc.).

VI.- En función de todo lo expuesto, concluyo proponiendo al Acuerdo hacer lugar a la demanda aunque con los alcances precedentemente expuestos, en el sentido de que no es de recibo la pretensión del actor de que le sea prorrogada o se le otorgue una nueva concesión del puesto nº 14 de la Plaza Moreno. Sin embargo, sí resulta procedente que la Municipalidad de La Plata, conforme a su específico ofrecimiento, concrete las acciones necesarias para que en el plazo de ciento ochenta días presente al demandante variables semejantes, que traduzcan la adjudicación de un puesto de venta en espacios públicos que permita idóneamente desenvolver su actividad y lograr ingresos suficientes para su subsistencia y la de su grupo familiar. Todo bajo apercibimiento, en su defecto, de fijación de astreintes y, en su caso, de resolverse tal obligación en el pago de los daños y perjuicios emergentes. Costas en el orden causado.

En esa medida, voto por la afirmativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Adhiero a la solución propuesta por el señor Juez doctor Negri en tanto propicia el acogimiento de la demanda promovida en autos.

Ello así, toda vez que -conforme lo señala el aludido Ministro- el marco jurídico en el que cabe subsumir al presente, así como las particulares circunstancias fácticas verificadas en la causa,



brindan sustento suficiente a la pretensión esgrimida por el actora

En tal orden de ideas, y sin perjuicio de la reseña efectuada en los votos que anteceden, considero oportuno puntualizar las siguientes normas que guían la conclusión que aquí se propicia:

a. Tal como tuve la oportunidad de destacarlo en otra causa en la que se debatía una cuestión semejante a la del presente (v. mi voto en B. 62.599, "R., L.N", sent. del 5-IV-2006), a los fines de su análisis cabe citar, en primer término, la disposición del art. 75 inc. 23, párrafo 1º de la Constitución nacional que establece, entre las atribuciones del Congreso, la de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Este nuevo inciso incorpora expresamente al texto constitucional la llamada "acción positiva" o "medidas de acción positivas" (ver también art. 37, párr. 2º del mismo ordenamiento), las cuales, en general, tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos (conf. Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", Ed. "La Ley", Buenos Aires 2003, pág. 597). Y se refieren a los medios dispuestos por el Estado para procurar alcanzar la igualdad de oportunidades mediante el otorgamiento de ventajas en forma imperativa que corrija una desigualdad fáctica precedente (cfr. Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, M.A.; Cinicacelaya, M. de las N., "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 2001, tomo I, pág. 387; en sentido similar ver Ekmekdjian, Miguel A., "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires 1994, tomo II, pág. 153).

Con su inclusión, el constituyente consideró que los sectores mencionados en el artículo deá marras requieren del otorgamiento de ciertas preferencias que permitan subsanar la situación de desventaja o inferioridad que históricamente han tenido respecto de otros grupos. En tal sentido, se ha dicho que la incorporación de la norma antes aludida fue por "(...) la necesidad de reconocer que en nuestra sociedad hay sectores que viven postergados aún frente a la igualdad jurídica.



Falta conectar la igualdad jurídica con la igualdad real para dejar de lado definitivamente la discriminación y la desigualdad. Hemos elegido aquellos sectores que (...) necesitan que esta Convención (...) los incorpore en las acciones cuyo dictado es responsabilidad del Estado" (del miembro informante del despacho en mayoría del proyecto que luego se convirtiera en el inc. 23 del actual art. 75, 22ª Reunión, 3ª Sesión ordinaria, 02-VIII-1994, Obra de la Convención Nacional Constituyente, tomo VI, pág. 5182).

En definitiva, y sin perjuicio de ciertas disfuncionalidades que una inadecuada implementación de este tipo de medidas pueda generar, dada la complejidad de los diversos factores que entran en juego (ver Nino, Carlos S., "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires 2002, págs. 424/425; Dworkin, Roland, "Los derechos en serio", Ed. Ariel, Barcelona 1984, pág. 327 y sgtes, Gelli, María A., ob. cit., pág. 598), lo cierto es que han sido objeto de expresa recepción constitucional, y a través de ellas se procura conceder preferencias concretas que compensen y equilibren la marginación o el relegamiento desigualitario que recae sobre ciertos grupos sociales, permitiendo así alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades. Pues se encuentran dirigidas a determinados colectivos socialmente discriminados con el fin de aminorar la situación de desigualdad material en que se hallan sumidos.

b. Al mandato constitucional mencionado se añaden, a tenor de la referencia que dicho artículo efectúa respecto de los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- (en especial, art. 18), aprobado por ley 24.685 (17-VII-1996) y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (en especial, art. III.1.a) aprobada por ley 25.280 (B.O., 4-VIII-2000).

Con sentido concordante, puede mencionarse también la Declaración de los Derechos de los Impedidos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3447 -XXX. de fecha 9-XII-1975, arts. 6, 7 y 8.



c. En la esfera provincial, corresponde destacar la manda contenida en el art. 36 inc. 5 de la Constitución local, que determina la obligación a cargo de la Provincia de promover la inserción social y laboral de las personas con discapacidad.

d. Por su parte, la ley 10.592 de Régimen Jurídico Básico e Integral para las Personas Discapacitadas (B.O., 01-XII-1987) ya citada en las opiniones precedentes, se enmarca, en lo que al tema de autos se refiere -y aún con anterioridad a su consagración constitucional a raíz de la reforma producida en el año 1994-, dentro de las ya mencionadas medidas de acción positivas.

Así, el art. 1º, segundo párrafo de la ley establece que: "(...) [el Estado Provincial] brindará los beneficios y estímulos que permitan neutralizar su discapacidad, teniendo en cuenta la situación psico-física, económica y social, y procurará eliminar las desventajas que impidan una adecuada integración familiar, social, cultural, económica, educacional y laboral". A ello se suma la obligación contemplada en el art. 11º de la misma norma que dispone que: "En todos los casos en que se conceda u otorgue el uso de bienes del dominio público o privado del Estado provincial o de las municipalidades para la explotación de pequeños comercios, se dará prioridad a las personas discapacitadas que puedan desempeñar tales actividades, siempre que los atiendan personalmente, aun cuando para ello necesiten la eventual colaboración de terceros. Idéntico criterio adoptarán las empresas del Estado provincial, con relación a los bienes que les pertenezcan o utilicen. La reglamentación determinará las condiciones y actividades a que hace referencia el párrafo anterior. Será nula de nulidad absoluta toda concesión o permiso que se otorgue sin respetar la prioridad establecida en el presente artículo (...) Cuando por las razones antedichas se revocare concesión o permiso, el organismo que corresponda otorgará los mismos en forma prioritaria y en idénticas condiciones a persona o personas discapacitadas".

De lo hasta aquí reseñado, se aprecia que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se contempló específicamente la situación de las personas con discapacidad en cuanto integrantes de un colectivo necesitado de un régimen de protección especial en ciertos casos. De donde, en lo que al tópico **sub examine** se refiere, la citada ley 10.592 importa el desarrollo del mandato constitucional al que antes se ha hecho referencia, al brindar a las personas con discapacidad física una situación de preferencia en los procesos de concesión u otorgamiento del uso de bienes del



dominio público o privado del Estado provincial o de las municipalidades para la explotación de pequeños comercios.

Vale aclarar que de ello no se sigue la automática adjudicación en la utilización de tales bienes a los individuos incluidos en el conjunto beneficiado con este plus de tutela por esa única circunstancia. Más sí los habilita a requerir la operatividad de la mentada garantía con el fin de posibilitar que en la práctica -de verificarse determinadas circunstancias- se brinde efectiva observancia de aquella prioridad (cfr. voto del doctor Roncoroni en causa B. 62.599, ya citada).

Resultando ello así, y en atención a la especial situación de hecho presente en la especie (puesta de relieve por el Ministro que inicia este Acuerdo, y entre cuyos extremos se destacan los siguientes: i. el actor se encontraba explotando el puesto instalado en el espacio público en cuestión mediante un título legítimo previo; ii. no resulta trascendente a los fines del presente que para la obtención de aquella primigenia concesión el actor no haya invocado su minusvalía como factor de preferencia; iii. la solicitud de prorroga o de otorgamiento de una nueva concesión fue formulada por el señor L. cuando aún se encontraba en posesión del bien, pues se efectivizó en el plazo de treinta días otorgado para su desalojo -ver fs. 3 y 4 del expte. principal-; iv. el convenio por el cual la Municipalidad demandada otorgó a un tercero el permiso de uso precario en el espacio público sobre el que versa el sub lite es de fecha anterior al vencimiento de la autorización correspondiente al accionante -v. fs. 152/153-, añadiéndose, por lo señalado en el punto anterior, que dicho tercero no se había hecho cargo de la utilización del puesto al momento en que el señor L. efectuó su requerimiento), juzgo que corresponde hacer lugar a la demanda.

En consecuencia, por los fundamentos hasta aquí expuestos y los concordantes brindados por el doctor Negri, voto por la afirmativa.

Costas por su orden (arts. 78 inc. 3º, ley 12.008, texto según ley 13.101 y 17 del C.P.C.A., ley 2961).

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I.- Adhiero al voto de mi distinguido colega, doctor de Lázari, en virtud de las siguientes



consideraciones complementarias.

a) Conforme ha quedado de manifiesto en los votos precedentes, el art. 11 de la ley 10.592, ante supuestos de concesiones de uso de bienes del dominio público o privado del Estado provincial o de las Municipalidades para la **explotación de pequeños comercios**, establece una prioridad a favor de las personas discapacitadas que puedan desempeñar tales actividades.

No abrigo dudas respecto de la inclusión de los puestos de venta prefabricados instalados en plazas, parques y paseos de la ciudad de La Plata en la categoría de "pequeños comercios" prevista por el legislador.

Lo que requiere alguna precisión es el concepto de "prioridad". Así, puede entenderse: como anterioridad en el orden o en el tiempo, como precedencia o primacía; ciertamente difiere de exclusividad en tanto privilegio o derecho adquirido para hacer algo a los demás prohibido; antes bien, supone una preferencia frente a una situación de igualdad o paridad respecto de las demás condiciones que pudieren establecerse, preferencia que concreta el mandato respecto de la igualdad real de oportunidades establecido en el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional. Tal circunstancia, a mi juicio relevante, no puede ser desatendida cuando se trata de analizar el derecho a prorrogar u obtener la concesión de un puesto determinado (nº 14), tal como lo reclamara el accionante el 27-VIII-1997 ante la Municipalidad de La Plata (ver fs. 4 del principal): la condición de discapacitado no genera, por sí sola, un derecho a la renovación automática de la concesión.

b) Ahora bien, las particulares circunstancias del caso, a saber: i) que el accionante y C. A. Y. obtuvieron la concesión de uso de la unidad nº 14 de Plaza Moreno, a partir de la autorización de la transferencia del contrato que originariamente vinculara a la Municipalidad de La Plata con la firma Isidro Raverta (septiembre de 1992; ver fs. 7/8 del principal); ii) que aún encontrándose en la explotación del aludido puesto, aunque ya vencido el plazo de la concesión, el accionante, invocando su condición de discapacitado, requirió la prórroga o una nueva concesión (fs. 4 del principal); iii) que se encuentra suficientemente acreditada en autos la condición de discapacitado del señor F. L. (ver certificado fs. 347); iv) que el Departamento Ejecutivo, en el marco de los



programas de reconversión laboral dispuestos por la Ordenanza 8779 (22-VII-1997) a favor de vendedores que ocupaban la vía pública, otorgó un permiso precario respecto del puesto en cuestión a favor de un tercero, mediante una contratación directa (art. 2º inc. "e" Ordenanza e informe pericial, fs. 376 ávta.); v) que atendiendo a la condición de discapacitado del accionante la Municipalidad de La Plata puso de manifiesto su decisión de disponer un permiso de uso de un espacio público, por el término de dos años, en una de las siguientes plazas: Azcuénaga (19 y 44), Alsina (1 y 38), Brandsen (25 y 60) y 19 de noviembre (25 y 44) (fs. 172 vta./173 del principal); habilitan -en el marco del plexo normativo que ordena la adopción de medidas positivas que garanticen una igualdad real de oportunidades, entre otros, a los discapacitados-, la búsqueda de un decisorio que dé adecuada respuesta al diferendo.

c) Aún cuando esta solución -como bien lo destaca el doctor de Lázzari- puede romper ciertos valladares adjetivos, no lo es menos que la doctrina del art. 163 inc. 6, segundo apartado, del Código Procesal Civil y Comercial permite hacer mérito de ciertos hechos modificativos producidos durante la sustanciación del juicio.

Entiendo que la oferta de la comuna puede enclavarse en este andarivel y en línea con lo dispuesto en los arts. 11 de la ley 10.592, 36 inc. 5 de la Constitución provincial y 75 inc. 23 de la Constitución nacional.

Ello no quiere decir que bajo las mencionadas medidas de acción positiva se pueda quebrar un conjunto de normas rituales y sustanciales, sino que permite, ante circunstancias tan particulares como las que se presentan en autos y que reseñara precedentemente, ajustar el contenido de la pretensión a la real necesidad del actor, atendiendo a su discapacidad, todo ello -reitero- sin dejar de perder de vista -como expresa el Ministro citado- el ofrecimiento de la comuna.

II- En función de las precedentes consideraciones, reitero mi adhesión al voto del doctor de Lázzari, y con el alcance establecido en el punto VI por mi distinguido colega, doy mi voto por la afirmativa.

Costas por su orden (art. 17, C.P.C.A., ley 2961 en función del art. 78.3, C.P.C.A., ley 12.008 -texto



según ley 13.101-).

Los señores jueces doctores Roncoroni, Genoud y Kogan, por los fundamentos del señor Juez doctor de Lázari, votaron a la primera cuestión planteada por la afirmativa.

Dado el modo en que se resuelve la primera cuestión resulta innecesario el tratamiento de las restantes.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por las razones expuestas en el Acuerdo que antecede, por mayoría, se hace lugar a la demanda interpuesta -entendida la pretensión como adjudicación de una concesión de un puesto de venta de alimentos en lugar público-, condenándose a la Municipalidad de La Plata a que en el plazo de ciento ochenta días arbitre los medios necesarios para otorgar al señor L. un conjunto de opciones de adjudicación de puestos de venta en sitios aptos para su explotación comercial y con entidad económica suficiente para asegurar su subsistencia. Todo bajo apercibimiento, en su defecto, de fijación de astreintes y, en su caso, de resolverse tal obligación en el pago de los daños y perjuicios emergentes.

Costas por su orden (art. 17, C.P.C.A., ley 2961, en función del art. 78.3, C.P.C.A., ley 12.008 -texto según ley 13.101-).

Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 54, dec. ley 8904).

Regístrese y notifíquese.