Nombre del Expediente:“**GONZALEZ JUAN PABLO CONTRA GCBA SOBRE INCIDENTE DE APELACION**”

Número: A9245-2015/1 Ciudad de Buenos Aires, de diciembre de 2015.

VISTOS: Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte actora a fs. 228/231 vta. contra la resolución de fs. 224/225 vta., mediante la cual el Sr. juez de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada. A fs. 250/252 dictaminó la Sra. fiscal ante la Cámara. CONSIDERANDO: I. El Sr. JPG inició la presente acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) —Agencia Gubernamental de Control— con el objeto de que se ordenara recaratular el expediente administrativo 11317206/14 y se de trámite su pedido de habilitación respecto del rubro Sala de Teatro Independiente Clase B (cfr. fs. 1). En su relato, el amparista sostuvo que en marzo de 2014, solicitó en el expediente administrativo nº 100317206/14, la habilitación de su local ubicado en la avenida Rivadavia nºxxxx, de esta ciudad, como “café-bar y ventas de bebidas”. Asimismo, manifestó que en marzo de 2015, solicitó la ampliación de la mencionada habilitación como “Teatro Independiente Clase B” sin que la Administración hubiera dado curso a la mentada ampliación. Agregó que la Dirección General de Fiscalización y Control realizó una inspección en el local y que personal de la mencionada dependencia le informó verbalmente que la ampliación peticionada había sido mal realizada, por lo que, en caso de efectuarse una nueva inspección mientras se desarrollaba la actividad por la cual había solicitado la ampliación el local le sería clausurado. En ese marco, alegó que se presentó nuevamente ante la Agencia Gubernamental de Control a los fines de peticionar que se recaratule su solicitud mas no obtuvo respuesta alguna. No obstante lo cual el 10 de mayo se realizó una nueva inspección mediante la cual se dispuso que se abstuviera de realizar shows en vivo bajo apercibimiento de clausura hasta la obtención de la habilitación o permiso pertinente. Finalmente, solicitó como medida cautelar que se le otorgue el permiso para funcionar como sala de teatro independiente clase B (v. fs. 9). II. El juez de grado, rechazó la medida cautelar solicitada. Para así decidir, consideró, en primer término, que de las constancias anejadas a la causa se desprendía la existencia de unas solicitudes de habilitación que se encontrarían en pleno trámite y que la medida solicitada “excedería prima facie el marco del objeto procesal que se persigue en la presente acción y, por el otro, que ello es atribución de la autoridad administrativa competente” (confr. fs. 225). Asimismo, señaló que el dictado de la medida cautelar en el estado inicial del proceso supondría ordenar a la demandada que “…otorgara un permiso sin haber culminado el trámite de habilitación”. Por último, sostuvo que la mera presentación de la solicitud formulada y la constancia emitida en consecuencia, no implicaría per se la habilitación de la actividad peticionada (fs. 225). III. Contra dicha resolución se alzó la actora, a tenor de los argumentos que expuso en su recurso. En particular, manifestó que interpuso la presente acción “a los efectos de tener un trato igualitario en el proceso de habilitación”. En tal sentido, alegó que se vio perjudicado al haber solicitado la habilitación como teatro independiente dentro del marco de la anterior solicitud. Ello por cuanto en virtud de lo establecido en la ley 2147 los teatros independientes quedan autorizados para funcionar con la sola iniciación del trámite de habilitación más allá de la sujeción a lo que se resuelva oportunamente. IV. Con respecto a las medidas cautelares la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la complementaria fijación de una contracautela. En lo que respecta al primero de los requisitos, corresponde señalar que el dictado de las providencias precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido; aun más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que supone atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (Fallos: 316:2060, entre otros precedentes). En efecto, la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor (esta sala, in re “García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ impugnación de actos administrativos”, exp. nº 8569/0, pronunciamiento del 03/03/04). El peligro en la demora, por su parte, exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran llegar a producir los hechos que se pretenden evitar, pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos: 319:1277). Estos requisitos se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño, e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del fumus se debe atemperar (esta sala, in re "Ticketek Argentina SA c/ GCBA", expte. nº 1075, resolución del 17/07/01 y sala II in re "Tecno Sudamericana SA c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos", expte. nº 322/0, del 23/05/01, entre muchos otros precedentes). Es pertinente destacar, por otra parte, que las medidas cautelares no causan estado. Por el contrario, éstas pueden cesar, ser sustituidas por otras, ampliadas o disminuidas. Es decir, tienen carácter provisional (conf. Fenochietto, Carlos E., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales”, Ed. Astrea, 1999, t. 1, pág. 700). De allí que la firmeza de la resolución que concede una medida cautelar no impide examinar su eventual prolongación, modificación o extinción a pedido de parte. V. En ese marco, cabe señalar que, en la ley 2147, en lo que aquí interesa, se denomina “… sala de teatro independiente al establecimiento con una capacidad máxima para trescientos cincuenta (350) espectadores en el que se realicen manifestaciones artísticas con participación real y directa de actores, en cualquiera de sus modalidades, sea comedia, drama, teatro musical, lírico, de títeres, leído, de cámara, varieté y espectáculos de danzas. En dicho establecimiento pueden realizarse, además, actividades para la formación en teatro, danza y canto, así como todas aquellas disciplinas complementarias para la formación artística integral. Dichas tareas formativas pueden ser dictadas en el espacio escénico o en la salas de ensayo” (art. 1º). También en el mismo artículo se clasifica como sala de teatro independiente “Clase B“ a la que posee una capacidad "...desde ochenta y una (81) hasta ciento cincuenta (150) localidades". Seguidamente, en el artículo 23 de la citada ley se prevé que ésta "...será de aplicación exclusiva para aquellos establecimientos que realicen actividades conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 1°..." (el destacado no es del original) y que cumplan con alguna de las siguientes condiciones, a saber: (i) se encuentren habilitados como club según lo establecido por el artículo 1°; (ii) estén inscriptos en el registro de Club de Cultura creado por la exSecretaría de Cultura, actual Ministerio de Cultura, en el marco del decreto de necesidad y urgencia 3/05; (iii) demuestren su funcionamiento como teatros independientes con anterioridad a la publicación de esta ley; o, (iv) no superen las cincuenta (50) localidades. Asimismo, respecto al trámite de habilitación en el artículo 24 bis se prescribe que los Teatros Independientes, quedarán autorizados para funcionar con la iniciación del trámite de habilitación, con sujeción a lo que se resuelva oportunamente (tal extremo fue incorporado por el art. 1° de la ley 3707), aunque también se establece que a "...los efectos de la presente ley no se aplicarán aquellas normas que colisionen con lo taxativamente enumerado en la presente" (art. 24). Por otra parte, mediante la ley 2806 se estableció un régimen provisorio de condiciones de funcionamiento de los establecimientos comprendidos en los artículos 1° y 23 de la ley 2147. En el anexo de esta ley se detallan los requisitos necesarios a los efectos mencionados. Entre ellos se deben cumplir ciertos requisitos como ser el permiso de uso, capacidad de la sala, ancho de pasillos, asientos, mobiliario de la sala, sistema de iluminación de emergencia, medios de egreso, prevención de incendio, servicio de salubridad, bares y servicios de bebidas e instalaciones eléctricas y complementarias, conforme lo allí especificado. VI. El examen de las constancias de la causa a la luz de los principios enunciados, conduce a concluir que no existen elementos suficientes para considerar reunidos ––en el actual estado de la causa y con la provisoriedad propia de este estadio del análisis–– los recaudos pertinentes a fin de tornar procedente la tutela cautelar solicitada por la parte actora. Ello por cuanto, si bien mediante el expediente 11317206/2014 el actor, con fecha 8 de agosto de 2014, inició el trámite de habilitación comercio minorista de productos alimenticios en general, café bar, despacho de bebidas, wisquería, cervecería en cuya carátula se consignó que “LA PRESENTE CONSTANCIA NO IMPLICA HABILITACION OTORGADA” (v. fs. 20), de las constancias de autos surge que en marzo de 2015 solicitó una ampliación del rubro por el que pedía la habilitación para poder desarrollar la actividad teatro independiente (cfr. fs. 22) sin que se haya acreditado en el sub lite que hubiera cumplido prima facie con algunas de las condiciones establecidas en el artículo 23 de la ley 2147 y con lo previsto en el anexo de la ley 2806. Por el contrario, en la disposición DI-2015-183-DGIUR se autorizó “…desde el punto de vista urbanístico y patrimonial, la ampliación con la actividad `Teatro independiente´ como actividad complementaria de ´Comercio minorista Alimentación en general, restaurante, cantina; Bar, café, whisquería, cervecería´ para el inmueble sito en Rivadavia Nº 1392, Planta Baja y Sótano, U.F. Nº 3, con una superficie de 287,62m2 (Doscientos ochenta y siete metros cuadrados con sesenta y dos decímetros cuadrados), debiendo cumplir todas y cada una de las normativas vigentes que resulten de aplicación para el uso” (ver fs. 25, el destacado no es del original). A ello se suma que, luego de inspecciones donde se le informaba sobre la falta de habilitación y posible clausura y de diversas presentaciones realizadas por el actor en sede administrativa (v. fs. 21), la inspección del 10 de mayo de 2015 consignó que "...en virtud de observarse un escenario en el sótano se realizó intimación..." en la cual la Dirección General de la Agencia Gubernamental de Fiscalización y Control libró el acta de intimación obrante a fs. 215 de la que surge que la actora deberá abstenerse de realizar show en vivo bajo apercibimiento de clausura hasta tanto obtenga habilitación o permiso para ello (v. fs. 214). En consecuencia, sólo cabe concluir que de las constancias obrantes en autos surge, con la provisoriedad propia que caracteriza a este estadio liminar del proceso, que el derecho esgrimido por la accionante no se presenta, en esta etapa inicial de la causa, como verosímil, por lo que –según lo arriba expuesto- alcanza para confirmar la sentencia dictada por la juez de grado. Por ello, el tribunal RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia. Sin costas, al no haber existido sustanciación por tratarse de una medida cautelar denegada en primera instancia. Regístrese. Notifíquese ––a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho––. Oportunamente, devuélvase. El juez Fernando Juan Lima no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.