Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 12

5271/2021

FORTIN MAURE SA c/ EN-DNU 241/21 s/AMPARO LEY 16.986

Buenos Aires,  de junio de 2021.- S23

Téngase por ampliada la acción en los términos del escrito precedente.

**AUTOS; VISTOS Y CONSIDERANDO**:

**I.- FORTIN MAURE SA** promueve acción de amparo contra el Estado Naciomal-Poder Ejecutivo Nacional, en tanto impugna y peticiona se declare la **inconstitucionalidad del Decreto 241/2021**, por -dice- restringir de manera arbitraria derechos consagrados constitucionalmente, y a fin de hacer cesar el perjuicio actual y manifiestamente arbitrario que –según asevera- le provoca dicha norma.

Manifiesta que resulta titular de **dos establecimientos** que giran en la **plaza comercial** con nombre de fantasía "**El Solar" y "Recoleta Urban Mall",** los que funcionan, por su modalidad y escasa superficie, como Paseos de compras, asimilables a las antiguas galerías comerciales.

Apunta que la total imposibilidad de abrir sus puertas y ejercer su actividad se mantuvo hasta el 14/10/20, fecha que a pedido de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Jefatura de Gabinete de Ministros dictó la Resolución IF 2020-69009166 APN, por la que exceptuó del aislamiento social, preventivo ya obligatorio y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a la actividad vinculada con centros comerciales.

Relata que los ingresos que percibe provienen principalmente por cobro de alquileres y que ante la situación, a efectos de retenerlos tomó la decisión de cobrarles nada más que las expensas, pese a que algunos ni siquiera las pagaron.

#35450691#291606160#20210603130349469

Indica que recién se pudieron abrir los patios de comida en el mes de noviembre de 2020, y que los cines y locales de entretenimiento se habilitaron en el mes de marzo del corriente año.

Alega que producto del estricto cumplimiento de los protocolos no han existido contagios en sus Paseos de Compras.

Plantea la inconstitucionalidad del Decreto 241/21, pues esgrime que el Poder Ejecutivo, en conocimiento de la situación, debió pedir del Poder Legislativo el dictado de las medidas correspondientes a la situación epidemiológica que se volvió a producir en el país.

Describe los vicios que a su entender padece la norma cuestionada, en tanto postula que, aún de considerarse que el decreto impugnado no ha desnaturalizado el art. 99, inc.3), de la CN violando- con ello- el principio de legalidad, y que la delegación efectuada en la ley 27.541 estaría vigente y cubriría la posibilidad de suspender la actividad comercial en Centros comerciales, shoppings y locales comerciales, igualmente, aduce que, por las razones que esgrime, el art. 16 de la norma resultaría irrazonable, desproporcionado y desigualitario.

Aduce la drástica reducción de sus ingresos que provoca el acto administrativo en debate, que cuantifica, y en tanto que la reapertura apuntada no le permitió recomponer su situación patrimonial.

Funda la procedencia de la acción y adjunta documentación.

Asimismo, requiere se dicte medida precautelar y cautelar que ***suspenda la aplicación del art. 5° del DNU 241/21*****, en cuanto establece una suspensión de toda actividad comercial en los Paseos de Compras (El Solar y Recoleta Urban Mall**), durante la vigencia del respectivo decreto (15/4/21 al 30/4/21 inclusive), y formula la inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley 26.854.

#35450691#291606160#20210603130349469

**II.-** De acuerdo lo dictaminado por el Sr. Fiscal Federal se desestimó el referido planteo de inconstitucionalidad formulado contra las prescripciones de la ley 26.854. y se ordenó, atento la naturaleza, el objeto y estado de autos, en atención a la índole de la medida cautelar solicitada, requerir a la demandada Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional que produzca el **informe previo** establecido por el art. 4º (inc.2)) de la mencionada ley.

Con posterioridad, la actora **amplia el objeto del amparo contra el Decreto 287/21** que dispone la suspensión de toda actividad comercial desarrolladas en los centros comerciales y shoppings (*arts. 16 y 21*), dando por reproducidos los cuestionamientos del escrito de inicio, en tanto sostiene que el nuevo DNU no hace más que seguir impidiendo y afectando, ahora hasta el 21/05/21, el ejercicio legítimo de los derechos de su mandante, por lo que pide se extienda contra el mismo la nulidad e inconstitucionalidad planteadas, y se dicte cautelar.

Mediante providencia del 5/05/21 se tiene por ampliada la demanda en los términos precedentemente señalados y se dispone que se acompañe copia de la ampliación al informe ordenado.

**III.-** Requerido el informe previo, **comparece el representante legal la demandada Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros)** quien lo produce y peticiona, con sustento en las razones que expone y el interés público comprometido -el derecho a la salud y la vida, y la gravedad institucional-, se rechace la cautelar.

#35450691#291606160#20210603130349469

En primer término, señala que la cuestión planteada en el escrito de inicio, habría devenido en abstracta, dado que los efectos del DNU 241/21 cesaron el 30/04/21, y pide que así se declare.

En relación al Dto. 287/21, arguye que no se advierte una crítica concreta y razonada por parte de la accionante, y en consecuencia que resulta improcedente cualquier medida a su respecto.

Senado ello, sin embargo esgrime que no se encuentran acreditados por la parte actora los presupuestos que hacen a la procedencia de la medida, la que además, observa, resulta ser innovativa, y se confunde con el objeto de la acción, por lo que aduce que debe examinarse con mayor estrictez, a fin de no adelantar pronunciamiento sobre el asunto planteado.

Reseña las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas, con motivo de la pandemia de público conocimiento -en razón de la declaración del brote del virus SARS-Cov-2 como pandemia-, y explicita las razones y fundamentos de las medidas que hubo de adoptar el Gobierno Nacional, para hacer frente a la emergencia, a partir del mes de marzo de 2019 -en ese momento dio lugar al dictado de los decretos 260/20 y 297/20, y a la postre los concordantes-, entre ellos los aquí cuestionados y, en virtud de ello, sostiene que no se ha demostrado la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que requiere la acción deducida de cara a la cautelar pretendida.

Enfatiza que las medidas de prevención fueron dictadas por el PEN en el ámbito de su competencia, y que la normativa impugnada fue notificada al Congreso Nacional, mediante el correspondiente mensaje, y aprobadas al menos -al momento de presentar el informe- por alguna de sus Cámaras (conf. art. 99 de la CN y Ley 26.122).

Hace hincapié que en el caso se encuentra comprometida la salud pública, y *que las medidas, cuya inconstitucionalidad se persigue, es pura y exclusivamente de carácter temporal con el único*

#35450691#291606160#20210603130349469

*fin de evitar las actividades que se realizan en espacios cerrados y a las que concurren personas en gran número, en ambientes donde tienden a relajarse*.

Desarrolla una concisa síntesis de la situación **epidemiológica** imperante en el país y, en particular, en el **Área Metropolitana de Buenos Aires (en adelante, AMBA)** al momento del dictado del/os decreto/s impugnado/s y concluye que, en atención al aumento exponencial de casos y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica de dicha área, fue necesario el dictado del decreto 241/21 -luego superado por el decreto 287/21- a fin de implementar *nuevas medidas focalizadas en ese territorio tendientes a disminuir la circulación de las personas y, por lo tanto, la circulación del virus, y para prevenir la saturación del sistema de salud.*

Apunta que si bien los derechos reclamados por la amparista resultan pilares de nuestro ordenamiento jurídico, ellos se encuentran sujetos a limitaciones por razones de orden, seguridad y salud públicas, lo cual, expresa, indica en forma adecuada la razonabilidad y legalidad de la medida adoptada.

En tal orden de ideas, pone de relieve que en dichos actos, en tanto emanados del PEN en el ámbito de su competencia, se hallan reunidos los requisitos formales para su dictado, *en función de las circunstancias epidemiológicas imperantes y el crecimiento de casos de modo exponencial, lo que, remarca, requeria de medidas urgentes que no podían demorarse.*

Hete aquí, que tras explayarse sobre la razonabilidad de las medidas implementadas en virtud de la segunda ola de la pandemia generada por el COVID 19, concluye que las restricciones adoptadas por el Decreto 241/21 constituyen el medio idóneo para *evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de COVID, y resguardar la salud pública, y así -advierte- que*

#35450691#291606160#20210603130349469

*la limitación temporal es proporcionada y razonable con el fin perseguido.*

Se desprende de dichas consideraciones, que las distinciones objetivas señaladas por el/los acto/s administrativo en cuestión resultan razonables, puesto que se basan en el criterio aportado por las autoridades sanitarias competentes, que es el criterio objetivo de espacios cerrados que impliquen gran movilización de personas.

Deja asentado que, admitir la medida implicaría vulnerar el principio de división de poderes (art. 1° CN), habida cuenta que supondría la intromisión en facultades propias de un órgano de la Administración, las cuales han sido dadas por la Constitución y el legislador, para que, en el marco de su idoneidad técnica en cuestiones de salud, *tome decisiones en el marco de una emergencia sanitaria declarada y de público conocimiento*.

#35450691#291606160#20210603130349469

.

Invoca jurisprudencia, adjunta documentación y formula reserva del caso federal.

Corrido traslado, la amparista contesta rebatiendo las argumentaciones del informe y solicitando se dicte la cautelar, por lo que una vez cumplimentada la vista a la Fiscalía, quien se expide en los términos del dictamen incorporado, se llama autos para resolver.

**La actora amplía el objeto de la acción** de amparo y pide que la nulidad solicitada en el escrito de demanda se extienda al **DNU 334/2021** (vide escrito del 28/05/21 y lo proveido ut supra).

**IV.-** Así las cosas, cabe recordar que las medidas cautelares suponen un remedio procesal que de ordinario debe aplicarse con criterio restrictivo y que para su procedencia no sólo es necesaria la existencia de verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora sino que además debe ponderarse si existe una función de medio a fin con la pretensión de fondo de la parte que la solicita, al que debe sumarse un tercero, establecido en el art. 199 del CPCCN de modo genérico para toda clase de medida cautelar, cual es, la contracautela.

No procede dictar a título precautorio decisiones cuyo objeto excede lo previsto por el art. 230 del CPCC, cuya finalidad es meramente conservativa y tiende a asegurar la eficacia final de la sentencia, más no convertirse en la sentencia misma.

Además, los recaudos de admisibilidad de tales medidas deben ser ponderados con suma prudencia cuando la cautela modifica el estado de hecho o derecho vigente al momento de su dictado, pues conlleva un anticipo de la jurisdicción favorable en cuanto al pronunciamiento definitivo de la demanda.

Por otro lado, resulta menester aquí indicar que, dados los alcances de la cautelar pretendida, apaecería como una medida innovativa, -tal lo sostenido por la acciomada- pues como vemos tiende a alterar el estado

#35450691#291606160#20210603130349469

de hecho o de derecho existente antes de la solicitud de su dictado.

Al respecto, valga señalar que el Máxino Tribunal ha sostenido que la medida cautelar innovativa resulta una decisión de índole excepcional puesto que altera el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado en razón de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo definitivo de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 319:1069 y 30:1633, entre otros).

**V.-** Bajo tales directrices de examen y dentro del limitado marco cognoscitivo que presenta el proceso cautelar, atendiendo los alcances de la cautelar -que como lo advierte el demandado aparece como innovativa (positiva)-, de cara a la naturaleza de la acción y alcances de la pretensión de marras, como así los hechos y normativa involucrados -ver reseña efectuada-, términos del informe brindado desarrollados y tal como corresponde a este examen preliminar, cierto es que, en sustancia, se aprecia que, su dictado importaría tanto como alterar el estado de cosas y adelantar la resolución del fondo del asunto a debatir.

Pues bien, bajo los lineamientos desarrollados y a la luz del contexto reseñado, más allá del agravio de la accionante en cuanto que, según su postura, la aplicación de las medidas que emanan de los DNU cuestionados, afectan los derechos que invoca, atento las circunstancias fácticas y normativas descriptas y toda vez que se encuentra demandado el Estado Nacional, por el ejercicio de sus atribuciones, dada la vía de reclamo escogida –Ley 16.986- y los alcances de la cautelar perseguida, es de apreciar que no solo alteraría el orden de cosas, sino que claramente se confunde en lo sustancial con la cuestión principal planteada.

#35450691#291606160#20210603130349469

Resulta propicio aquí indicar, que la medida adoptada en la norma -**DNU 241/21**, tildada de arbitraria, vide **art. 5°** *"...quedan suspendidas las siguientes actividades durante la vigencia del presente decreto: 1.Centros comerciales y shoppings.*"- surge que se origina en **el riesgo sanitario que enfrenta el país y a efectos de proteger la salud pública** (ver en particular considerando 35 del DNU 241/2021 -del 15/04/21-).

En tanto, a través del **DNU 287/21** (del 30/04/2021), el Gobierno Nacional dispuso además una serie de medidas generales de prevención y contención de impacto sanitario respecto del COVID-19 para aplicarse en todo el país y disposiciones locales y focalizadas de contención de contagios **(art. 2°).**

Así, en lo que al caso concierne, en los **arts. 16 y 21** estableció un listado de actividades, cuya suspensión se dispuso para aquellos departamentos y partidos de alto riesgo epidemiológico y sanitario, y para los aglomerados urbanos, departamentos y partidos en situación de alarma epidemiológica y sanitaria, *entre las cuales se incluye a los centros comerciales y shoppings* **(art. 21, inc. 1.)**– .

En la norma se estableció que la presente medida entrará en vigencia el 1° de mayo de 2021 y regirá hasta el día 21 del mimo mes inclusive **(art. 36).**

Ahora bien, en miras a un enfoque integral del asunto, no cuadra soslayar que al vencimiento de la vigencia de la medida referenciada, el PEN dictó el **Decreto 334/2021** (en fecha 21/05/21), por intermedio del cual resolvió prorrogar su anterior en la materia (el Decreto 287/21) hasta el día 11 de junio de 2021 inclusive

Desde tal perspectiva, se observa que, ante el crecimiento y velocidad en el aumento de los casos COVID-19, como asi de fallecidos, la transmisión comunitaria de variantes SARS-Cov-2, consideradas de preocupación, detectadas en al AMBA- y el cuadro sanitario, fijó otra serie de medidas más restrictivas para aquellos

#35450691#291606160#20210603130349469

lugares que se encontraran en situación (i) de alto riesgo epidemiológico y sanitario o (ii) de alarma epidemiológica y sanitaria, entre los días 22 y 30 de mayo inclusive, como así los días 5 y 6 de junio de 2021, entre las cuales incluyó la suspensión de la presencialidad en las actividades económicas, industriales, comerciales, de servicios, culturales, deportivas, religiosas, educativas, turísticas, recreativas y sociales **(art. 30, inc. a)).**

**VI.-** En virtud de ello y tal como puede apreciarse de lo informado por la demandada, dentro del limitado marco de conocimiento que permite la petición cautelar, las medidas preventivas impugnadas adoptadas por el DNU 241/21 y posteriormente por el DNU 287/21, aparecen como actos dictados con sujeción a las atribuciones constitucionales (art. 99, incs.1 y 3), resultando -asi aquélla lo manifiesta- el modo razonable de *disminuir el contagio y el crecimiento de la curva epidemiológica que estamos atravesando en la actualidad y la única medida disponible para contener ese crecimiento es la disminución de la circulación y aglomeración de personas en espacios cerrados, de ahí que se decidió suspender actividades de los centros comerciales que son espacios cerrados, durante un periodo de tiempo determinado,* constituyéndose en una cuestión de política sanitaria.

Desde tal óptica, es que enfatiza que las normas cuestionadas *"..tiene causa expresa en garantizar el acceso a una atención médica adecuada, a toda persona que enferme dentro del territorio argentino y ello, sólo podrá garantizarse evitando un exponencial aumento de casos. Debe entenderse, que las medidas adoptadas ante la pandemia son consecuencia de análisis multidisciplinarios y obedecen a un control en el número de contagios conforme el constante acondicionamiento del estado sanitario."*.

Atendiendo a la información y documentación aportada, en cuanto que nos encontramos ante la segunda ola del COVID19,

#35450691#291606160#20210603130349469

atravesándola en pleno pico, vemos que la contraria afirma que *"...la situación, es y era* ***límite en el AMBA al momento del dictado del Decreto N° 241/2021.".***

Sobre este punto, añade *"Es así que se dicta el* ***Decreto N° 287/2021*** *con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 con la finalidad de preservar la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma sectorizada, razonable y temporaria. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir las medidas de protección sanitaria dispuestas en forma temporaria, sino de la totalidad de los y las habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio del virus SARS-CoV-2, depende de que cada uno y cada una de nosotros y nosotras cumpla con ellas, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad. el cual rige desde el 1° de mayo de 2021 y hasta el 21 de mayo de 2021.".*

Por otra parte, destaca que *"... conforme surge del propio Decreto N° 287/2021, se ha anunciado que, en los próximos días, el Poder Ejecutivo Nacional enviará al Congreso un proyecto de ley marco para regular la gestión de la pandemia por parte del Gobierno Nacional, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,".*

En base a lo apuntado en el considerando III, párrafo sexto, deviene oportuno señalar en esta oportunidad, que efectivamente los decretos 241/21 y 287/21, que originan el pedido de la cautelar, fueron comunicados por los Mensajes 18/21 y 21/21 respectivamente, al Congreso de la Nación, habiendo ambos obtenido dictamen favorable de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo a fin de ser declarados válidos (conforme Ordenes del día 59/21 y 110/21), y en tanto, el decreto 344/21, también cuenta con dictamen favorable, en igual sentido, de dicha Comisión (conf. Orden

#35450691#291606160#20210603130349469

del día 153/21) -según se desprende de la consulta del sitio web.senado.gob.ar/-.

**VII.-** A esta altura de los acontecimientos, hete aquí entonces, que el dictado de la cautelar, tal como ha sido requerida, más que asegurar un eventual fallo favorable implicaría tanto como adelantar opinión en la especie, dejando vacío de contenido el pronunciamiento definitivo, pues, desde la perspectiva apuntada, los cuestionamientos de arbitrariedad e ilegitimidad formulados, cabe recordar deben ser demostrados a fin de ser evaluados en el momento de dictar sentencia.

Por lo tanto, en este estado larval del proceso descripto, a la luz del temperamento propiciado y atento lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, que opina que debe desestimarse la medida requerida, dentro del estrecho marco cognoscitivo que el ámbito del remedio cautelar presenta, toda vez que la contraria ha fundado "prima facie" la legitimidad de las medidas temporarias e intensivas aquí discutidas, en el ejercicio de las facultades y/o competencia atribuidas adoptadas en materia de emergencia sanitaria, es dable concluir que el examen de la cuestión suscitada en estos actuados requiere necesariamente de mayores elementos de juicio, que seguramente surgirán del informe de ley –a ordenar infra-.

A mérito de lo expuesto, y sin que, en este estadio preliminar, lo aquí a decidir importe en modo alguno adelantar opinión sobre la procedencia de la vía expedita articulada por la actora para cursar su reclamo -acción de amparo- o el fondo del asunto, considero que la medida requerida no resulta admisible.

**VIII.-** En cuanto a las costas, cabe aclarar que la producción del informe previsto en el art. 4º de la ley 26.584 no implica la bilateralización del proceso, motivo por el cual no corresponde asignar a las partes la condición necesaria de vencedora o de vencida (conf. art. 68, segundo párrafo, del CPCCN y en igual sentido, cfr., Sala III del fuero, causa nº 4132//2014 *in re* "Banco Central de

#35450691#291606160#20210603130349469

República Argentina s/Inc. apelación en autos “CNCA SA c EN-M ECONOMIA-SCIAFIP y otro s/medida cautelar (autónoma)”, del 13/08/15; y Sala IV, causa 22138/2014/CA1 “Telefónica de Argentina SA c/ EN - CNC s/ Medida Cautelar (autónoma)", del 10/02/15, disidencia del Dr. Rogelio W. Vincenti; causa n° 41638/2014/CA1 *in re* “Asociación Cinematográfica de Exhibidores Independientes c/INCAA s/proceso de conocimiento", del 19/05/2015, y Sala V, causa nº 32942/2009 *in re* “Incidente Nº 1 - actor: Navas Marta Laura demandado: UBA s/inc. de medida cautelar en autos “Navas Marta Laura c/ UBA s/ empleo público”, del 04/04/15).

**LO QUE ASI SE RESUELVE**.

Regístrese, notifíquese y, fecho, requiérase a la demandada que en el término de cinco (5) días cumplimente el informe del art. 8º de la Ley 16.986, a cuyo fin notifíquese –a cargo del interesado-, por razones de eficacia procesal, en la IEJ constituido al presentar el informe previo requerido en autos.-

Macarena Marra Giménez
Jueza
Federal

Signature Not Verified
Digitally signed by MACARENA MARRA GIMENEZ
Date: 2021.06.03 13:04:05 ART

#35450691#291606160#20210603130349469