

Expte. n° 8133/11: “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Yell Argentina SA c/ GCBA s/ acción meramente declarativa art. 277 CCAyT)’”

Buenos Aires, 23 de mayo de 2012

Vistas: las actuaciones indicadas en el epígrafe;

resulta:

1. Yell Argentina S.A. promovió acción declarativa de certeza (art. 277 del CCAyT) contra el GCBA (fs. 2/19) con el objeto de “que se declare que la publicidad en cabinas telefónicas de uso público, visible desde la vía pública, se encuentra permitida desde la sanción de las Leyes N° 2179 y N° 2178 así como que la prohibición de realizar este tipo de anuncio publicitaria (*sic*) incorporada por la Ordenanza N° 50.859 se encuentra derogada” (fs. 2). Subsidiariamente, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza n° 50.859.

2. El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 152/168 vuelta).

3. El juez de primera instancia admitió la demanda (fs. 312/320). Declaró “que la sanción de las leyes 2178 y 2179 ha implicado la derogación de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ordenanza Nro. 50.859 y, por lo tanto, no se encuentra legalmente prohibido efectuar publicidad en cabinas telefónicas de uso público, que se perciban desde la vía pública, ya sea ésta aplicada o incorporada a la estructura de la cabina” (fs. 319 vuelta). Las costas fueron impuestas a la vencida.

4. El GCBA interpuso (fs. 186) y fundó el recurso de apelación (fs.187/209), que fue contestado por la actora (fs. 216/241 vuelta).

5. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de grado, con costas (fs. 247/250 vuelta).

Los magistrados intervinientes consideraron que la ley n° 2936 (“Ley de Publicidad Exterior”) derogó expresamente la prohibición de colocar carteles publicitarios en cabinas telefónicas, dispuesta por la ordenanza n° 50.859.

6. El GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 251/273 vuelta) con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad, en los principios que consagra la ley n° 25.675 (“Ley General del Ambiente”), y en lo prescripto por los arts. 41 de la CN y 26, 27 y 29 de la CCBA.

Manifestó que si “se declara derogada la Ordenanza N° 50.859, Yell Argentina S.A. podrá disponer libremente sobre la colocación de carteles publicitarios en cabinas telefónicas sin ningún tipo de control estatal. Es decir que la actividad se desarrollará a espaldas de toda reglamentación específica, sin contemplar su uso en los distintos distritos urbanos, criterios de seguridad vial, medidas de carteles e iluminación, impacto sobre un mercado monopólico (...) [toda vez que] la Ley de Publicidad Exterior no regula en materia de publicidad de cabinas telefónicas, ninguna de esas cuestiones” (fs. 259/259 vuelta).

Yell Argentina S.A. contestó el traslado conferido, defendió la razonabilidad y legitimidad de la resolución recurrida y sostuvo que el recurso de inconstitucionalidad era improcedente porque no se había logrado exponer un caso constitucional (fs. 274/290).

7. La Sala I de la Cámara declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad tras considerar que no se encontraba adecuadamente expuesto un caso constitucional ni un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 292/293 vuelta).

8. Contra dicha denegatoria, el GCBA interpuso recurso de queja (fs. 294/307 vuelta).

9. El Fiscal General, en su dictamen (fs. 351/356 vuelta), propició declarar inadmisibles los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por el GCBA toda vez que “no se configura en autos el requisito indispensable de fondo, la existencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a cuestionar los argumentos por los cuales la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de inconstitucionalidad” (fs. 353 vuelta).

Fundamentos:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja que interpusiera, en tiempo y forma, el GCBA no resulta admisible.

2. Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (“Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art.

57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 09 de abril de 2.001, entre otros) y este recaudo no se verifica en la causa.

En el capítulo III de la queja (“LA RESOLUCIÓN QUE DENIEGA EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD” —con mayúsculas en el original—), el impugnante afirmó que el auto denegatorio es genérico y “carece de un tratamiento concreto” de las cuestiones que planteara oportunamente (fs. 302). En apoyo de su postura, agregó que en el recurso de inconstitucionalidad demostró eficazmente que la Cámara efectuó una interpretación que transgrede derechos de índole constitucional.

La lectura del recurso directo es suficiente para probar que las manifestaciones del quejoso carecen de toda justificación, no alcanzan a superar el nivel de la mera discrepancia con la sentencia que emitiera la Cámara a fs. 247/250 vuelta y no constituyen una crítica fundada del auto denegatorio, como lo exige el artículo 33 de la ley n° 402.

3. En consecuencia, voto por rechazar la queja deducida por el GCBA a fs. 294/307 vuelta.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Comparto la solución que propicia en su voto la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, pues, en mi concepto, el recurrente no ha logrado demostrar que en sus agravios haya quedado configurado un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley n° 402.

2. Mediante la queja a estudio, el demandado pretende mantener ante este Estrado las objeciones que esgrimiera contra la decisión de la Sala I de la Cámara CAyT que, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia que había hecho lugar a la acción declarativa de certeza incoada por Yell Argentina S.A. y, en consecuencia, declaró a su respecto que la prohibición de realizar anuncios publicitarios en cabinas telefónicas de uso público visibles desde la vía pública se encontraba derogada. Sucintamente, el GCBA sostiene que la conclusión allí propiciada resultaría contraria al art. 41 de la Constitución nacional, a la ley nacional n° 25.675 y a los arts. 26, 27 y 29 de la Constitución local que consagran el derecho de los ciudadanos a un ambiente sano y la obligación de las autoridades de protegerlo y preservarlo. Asimismo, plantea la arbitrariedad del decisorio por cuanto, a su criterio, la Cámara CAyT habría prescindido del texto legal aplicable, sin dar una razón plausible para ello.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el pronunciamiento resistido, al fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto en este proceso, se limitó a dilucidar la incertidumbre acerca de la vigencia de una prohibición contenida en una norma infraconstitucional. En particular, la Cámara sostuvo que el Título 4 del Código de Habilitaciones y Verificaciones (ordenanza nº 34.421, con las modificaciones contenidas, entre otras, en las ordenanzas nº 41.115 y 50.859) había quedado expresamente derogado mediante el art. 44 de la ley nº 2936 y que, por otra parte, tal criterio se veía abonado por el estudio del debate parlamentario que precedió a la sanción de la nueva ley de publicidad exterior.

3. A partir de lo expuesto, se evidencia que el debate planteado en autos remite exclusivamente a la interpretación que efectuaran los jueces de la causa respecto de diversas normas locales de naturaleza infraconstitucional; cuestión que resulta ajena, al menos por regla, a la vía recursiva intentada.

Por su parte, más allá del acierto o error de la decisión adoptada en la causa, se advierte que el recurrente ha omitido formular una crítica concreta y fundada del pronunciamiento resistido. En lo que aquí interesa, el GCBA ha efectuado profusas consideraciones vinculadas a que la decisión de la Cámara CAyT produciría una afectación del medio ambiente y generaría una amenaza a la seguridad vial mas no ha formulado argumento alguno para poner en crisis el razonamiento central que da sustento a la sentencia resistida, esto es, que una ley posterior ha derogado *expresamente* la prohibición dispuesta por ordenanza de la ex MCBA que condicionó expresamente, ocluyendo cuanto menos en forma temporal, el trámite regular de los distintos permisos gestionados por la actora en sede administrativa. Así pues, no se ha logrado acreditar la vinculación de los principios y garantías constitucionales invocados en el recurso en estudio con la cuestión concretamente debatida en autos, ni que la solución adoptada por los jueces de la causa —más allá de su acierto o error— sea palmariamente insostenible.

Resulta oportuno recordar que para cumplir con el recaudo de adecuada fundamentación exigible en este tipo de casos, no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante (v. para el recurso extraordinario federal doctrina de *Fallos*: 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local).

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General a fs. 351/356 vuelta, corresponde rechazar la queja deducida por el GCBA a fs. 294/307 vuelta.

Así lo voto.

El juez Pablo Bacigalupo dijo:

1. El recurso de queja articulado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires lo ha sido en tiempo oportuno, como así también por quien posee la legitimación necesaria a tales efectos (arts. 28 y 33 de la ley 402).

Sin embargo y de acuerdo a las argumentaciones que explicitaré en los párrafos siguientes no podrá prosperar, pues a la circunstancia de no cumplir con el recaudo formal consistente en contar con una adecuada fundamentación y desarrollo; se agrega que no logra demostrar que en la especie se haya configurado una cuestión constitucional que habilite la intervención de esta instancia de excepción, conforme lo prescripto en los arts. 27 y 30 de la ley 402; y 113 inc. 3 de la Constitución local.

2. Liminarmente, cabe señalar que la presentación directa en estudio (fs. 294/307) no revela argumentos hábiles para rebatir el fundamento expuesto por los integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones CAyT a fs. 247/250vta. para denegar el recurso de inconstitucionalidad que defiende; esto es, la ausencia de un caso constitucional. Este Tribunal que hoy integro ha sostenido de manera reiterada y uniforme que configura un requisito mínimo para la concesión de la queja el que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio en cuestión [conf. TSJ *in re* “Guglielmone, María Dolores s/ art. 74 CC s/ recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/03/2000; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/05; entre otros].

Ello así, por cuanto resulta aplicable la inveterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados (conf. Fallos 308:2263; 311:2338; 293:166; 302:502 y 290:391; entre otras).

3. En este orden de ideas, la alegada ausencia de un genuino caso constitucional no puede ser suplida mediante la genérica y

abstracta denuncia de derechos constitucionales conculcados y una invocación de la doctrina de la arbitrariedad huérfana de contenido, a las que el impugnante, sin mayor desarrollo, ha recurrido.

4. A través de la queja en examen, el GCBA reproduce las críticas que dirigiese contra la resolución adoptada por la Sala I de la Cámara CAyT el 3 de agosto de 2010, en cuanto —en lo que aquí interesa— confirmó la sentencia de primera instancia que, haciendo lugar a la acción declarativa de certeza interpuesta por Yell SA en los términos del art. 277 del CCAyT, declaró que *“la sanción de las leyes 2178 y 2179 ha implicado la derogación de lo dispuesto por el art. 1 de la Ordenanza Nro. 50.859, y, por lo tanto, no se encuentra legalmente prohibido efectuar publicidad en cabinas telefónicas de uso público, que se perciban desde la vía pública, ya sea aplicada o incorporada a la estructura de la cabina.”*

Cabe señalar que la Cámara agregó un argumento más al razonamiento anterior, pues consideró que a partir de la entrada en vigencia de la ley nº 2936 de Publicidad Exterior —acaecida luego de que se dictara sentencia en primera instancia— la prohibición de efectuar publicidad en cabinas telefónicas de uso público que se perciban desde la vía pública, dispuesta por la Ordenanza N° 50.859, se encuentra expresamente derogada.

Durante todo el proceso, el GCBA ha sostenido la vigencia del art. 1º de la Ordenanza 50.859 y, con ello, de la prohibición de realizar publicidad en cabinas telefónicas ubicadas en la vía pública.

Las sentencias de primera y segunda instancia contrarias a tal criterio, sea con base en las disposiciones de las leyes 2178 y 2179, o en las de la ley 2936, a su entender, resultan violatorias de la ley nacional 25.675 (Ley General del Ambiente), del art. 41 de la Constitución Nacional y de los arts. 26, 27 y 29 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que consagran el derecho de los habitantes y ciudadanos a un medio ambiente sano y el deber de las autoridades públicas de adoptar las políticas y medidas protectoras que fueran necesarias para preservarlo. La arbitrariedad que alega la centra en el argumento de que tanto el juez de grado como la Alzada, se habrían apartado, sin brindar razones suficientes, de la norma legal aplicable, es decir, del art. 1º de la Ordenanza nº 50.859.

Ahora bien, más allá de su acierto o error, el pronunciamiento de la Cámara no resulta autocontradictorio, como tampoco carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica. Por el contrario, su lectura integral revela que los Magistrados ponderaron las argumentaciones de ambas partes —recordemos que la controversia suscitada en autos giró en torno a cuestiones de puro derecho o netamente jurídicas—, brindando acabadamente las razones que los llevaron a resolver en el sentido en el que lo hicieron, lo cual conduce

a descartar de plano la tacha de arbitrariedad intentada (art. 18, CN y 13 inc. 3º, CCABA).

Pero lo fundamental a efectos de descartar la genuina existencia de un caso constitucional, surge tan pronto como se advierte que el pronunciamiento objetado se limitó a definir acerca de la falta de certeza existente respecto de una prohibición contenida en una ordenanza municipal, que los jueces reputaron como expresamente derogada por una ley posterior de la legislatura local, advirtiéndose que tanto la queja como el recurso extraordinario que ésta apoya, revelan únicamente disidencias en orden a la inteligencia que los Magistrados de la causa dieron a las normas infraconstitucionales ya citadas, materia ajena por definición a la limitada competencia de este Tribunal, que no corresponde sustraer a los jueces de mérito. En efecto, independientemente de que se comparta o no la solución jurídica a que arribara la Sala I de la Cámara CAyT, lo fundamental y relevante es que encuentra apoyo suficiente en la interpretación de normas de jerarquía inferior a las de rango constitucional, sin que el GCBA hubiera logrado demostrar que el razonamiento de los judicantes fuera insostenible o basado en netas subjetividades como para habilitar esta instancia recursiva de excepción, prevista para decisiones *“desprovistas de todo apoyo, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces [...]”* (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Rey”, Fallos: 112:384, entre otros).

Si bien el quejoso intentó sortear tal obstáculo exponiendo que la decisión de la Alzada importa desconocer el derecho-deber a gozar de un ambiente sano, reconocido tanto por el constituyente nacional (art. 41) como por el local (art. 26 y cctes.), efectuando innumerables citas y referencias jurisprudenciales sobre el contenido e implicancias de este importantísimo derecho de tercera generación —cuya elevación a la categoría de bien jurídico supremo a partir del año 1994 celebro—, sus argumentaciones no logran conectar válidamente cómo la decisión puesta en crisis afectaría al derecho constitucional a gozar de un medio ambiente sano; es decir, cómo el permitir la publicidad en cabinas telefónicas instaladas en la vía pública posee aptitud para generar un daño al medio ambiente urbano, no resultando suficiente a tales efectos la solitaria mención —huérfana de cualquier tipo de aval científico, como lo serían, a modo de ejemplo, estudios previos de impacto ambiental u opiniones de expertos en planificación ambiental urbana— de una supuesta y automática degradación del hábitat natural que este tipo de publicidad implicaría por sí misma. Al respecto, considero que la contaminación visual, la afectación de la estética pública y de la seguridad vial invocadas por el representante del poder ejecutivo porteño, no guardan, *prima facie*, relación alguna con los objetivos o conductas lesivas tenidas en cuenta por los constituyentes al regular la materia en trato. En este sentido, cabe recordar que “la

mera referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales es insuficiente para fundar la queja que defiende el recurso extraordinario local.” (conf. TSJ, Expte. n° 3973, “Ministerio Público-Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 2 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Torancio, Tomás del Valle s/ inf. art. 74 CC –apelación-’”, rta: 5/10/2005, del voto del Dr. Julio B. J. Maier). Este Tribunal Superior local ha reafirmado tal idea central en reiterados pronunciamientos, en los que ha advertido que *“si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad”* (conf. TSJ, Expte. n° 1844/02, “Anapios, Ernesto s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en ‘Anapios, Ernesto c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/ recurso de apelación c/ resoluciones del C.P.C.E.’”, rto:18/12/2002 y Expte.n° 131/99, “Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja”, rto: 23/2/2000; entre otros).

5. Sin perjuicio de que las conclusiones precedentemente vertidas resultan suficientes para sellar negativamente la suerte de la queja en análisis y eximen todo comentario adicional, ciertas particularidades del caso me llevan a formular, a modo de *obiter dictum*, las siguientes consideraciones:

En mi opinión, la discusión que dio génesis a estas actuaciones se tornó abstracta a partir de la entrada en vigencia de la referida ley local n° 2936 de Publicidad Exterior.

Hasta la sentencia de primera instancia, las disposiciones involucradas eran el art. 1° de la Ordenanza Municipal n° 50.859 (BOCBA n° 61 del 30-10-96), por un lado; y las leyes tarifarias 2178 y 2179, por el otro.

La primera, incorporó en el año 1996 a la Ordenanza Municipal n° 41.115 (Código de la Publicidad) un nuevo supuesto de anuncio prohibido, a saber, el de la *“publicidad en cabinas telefónicas de uso público, visible desde la vía pública, ya sea ésta aplicada o incorporada a la estructura de la cabina, y luminosa a no”* (conf. art. 13.6.3, inciso I) de la OM 41.115, con la modificación introducida por el art. 1° de la OM 50.859).

Por su parte, la ley 2179, que modificó el Código Fiscal para el año 2007, estableció que la publicidad efectuada mediante anuncios en la vía pública o que se perciban desde la vía pública, o en lugares de acceso público, obliga al pago de una contribución anual de acuerdo a las tarifas fijadas para las diversas clases, tipos y características; como también, que *“[e]l mismo tratamiento recibe la publicidad efectuada en los estadios deportivos de fútbol de primera división A o cualquier otro*

lugar donde se desarrollen espectáculos públicos, la publicidad en cabinas telefónicas de uso público, que se perciban desde la vía pública, ya sea esta aplicada o incorporada a la estructura de la cabina, en las estaciones de subterráneos y en los vehículos, cualquiera sea el lugar en que estén colocados. El hecho imponible se perfecciona con independencia de su habilitación o condición de ser utilizado” (conf. art. 317 del Código Fiscal, con la modificación introducida por el art. 1º de la ley 2179/06, el subrayado no corresponde al original). Asimismo, en el art. 2º de la misma ley, se dispuso la derogación “de toda norma que se oponga a la presente”.

De tal suerte, la discusión pasaba en torno a si las leyes fiscales 2178 y 2179, posteriores a la Ordenanza n° 50.859, al prever como hecho imponible a nivel tributario a la publicidad en cabinas telefónicas ubicadas en la vía pública, habían derogado tácitamente la prohibición de tales anuncios consagrada en la referida ordenanza, máxime teniendo en cuenta que la ley 2179 dispuso una genérica derogación de toda norma que se opusiera a su texto. Esta interpretación fue puesta en crisis por el GCBA, principalmente atendiendo a la naturaleza exclusivamente fiscal de las leyes 2178 y 2179, que no tenían por objeto específico regular la actividad publicitaria.

Tales eran, como ya dije, las normas involucradas al inicio del proceso y al momento en que se adoptó resolución en primera instancia.

Ahora bien, como adelantara, el dilema planteado perdió virtualidad a partir de la vigencia de la Ley de Publicidad Exterior 2936, específica para la materia y que fue tenida en cuenta por los Magistrados de la Alzada, desde el momento en que en el Capítulo 4 titulado “De las prohibiciones”, no prevé al tipo de publicidad que nos ocupa, a lo que cabe adunar que derogó expresamente a la Ordenanza 41.115 (Código de la Publicidad) y, con ello, al art. 13.6.3 de la misma, que entre el catálogo de anuncios prohibidos contenía al de la publicidad en cabinas telefónicas ubicadas en la vía pública, que en el año 1996 había incorporado la Ordenanza 50.859 (conf. art. 44, ley 2936). Cabe destacar que el proyecto de ley de Publicidad Exterior consagraba la prohibición de anunciar publicidad en cabinas telefónicas, no obstante lo cual, tras su debate, la legislatura decidió excluir dicha prohibición por encontrarse en contradicción con lo dispuesto por el Código Fiscal y la Ley Tarifaria (conf. las inquietudes planteadas por el entonces legislador Juan Manuel Olmos en la versión taquigráfica del 20 de noviembre de 2008).

La apuntada derogación no fue una tarea sencilla, siendo sumamente clarificador en orden a los pormenores de todo el procedimiento previo ocurrido, el Considerando III del voto del Dr. Carlos F. Balbín —al que en homenaje a la brevedad y por exceder la finalidad de estas líneas me remito— (conf. fs. 248vta./249vta.), pero lo

cierto y que ya a esta altura ha quedado fuera de discusión, es que, por expresa decisión de la Legislatura local, la publicidad en cabinas telefónicas ubicadas en la vía pública actualmente no se encuentra prohibida.

Por ello no deja de sorprender la insistencia del representante del Poder Ejecutivo porteño en sostener lo contrario, ahora con el argumento de que la ley 2936 carece de una adecuada reglamentación que contemple los riesgos a nivel ambiental que, este tipo de publicidad —permítaseme la reiteración—, encerraría en sí misma. Así, parecería prescindir, en primer término, de que de acuerdo al principio republicano de división de poderes, es el órgano legislativo —en el caso local—, el que decide en orden a qué conductas o actividades resultan o no lesivas para la sociedad, prohibiéndolas cuando entran en colisión con los bienes jurídicos que al Estado incumbe e interesa proteger, prevaleciendo la máxima constitucional de que todo lo que no está prohibido, está permitido (arts. 10 y 13.3, CCABA, 18 y 19 CN) y, en segundo lugar, que es precisamente a ese poder ejecutivo al que, de acuerdo al programa constitucional, corresponde reglamentar las leyes “*sin alterar su espíritu*” y ejecutarlas “*en igual modo*” (conf. art. 102, CCABA).

Sólo a modo de comentario final, me pregunto cómo es que si nos hallamos frente a un emprendimiento que puede resultar tan lesivo para el medio ambiente, se trató —como el propio GCBA la calificó— de una “*actividad tolerada*” por la administración durante tantos años, cuya efectiva existencia motivó a la legislatura local a incorporarla como hecho imponible.

Por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal General a fs. 351/356vta., voto por rechazar el recurso de queja articulado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 294/307vta., imponiéndole las costas por resultar parte vencida (art. 62, CCAyT).

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Este procedimiento ha tramitado sin que haya sido instada acción que lo hiciera posible. La acción de certeza del art. 277¹ del CCAyT tiene por objeto despejar una concreta incertidumbre acerca de

¹ Cuyo texto dice: “[p]uede deducirse demanda que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al/la actor/a y éste/a no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente” (el subrayado no pertenece al original).

una relación jurídica, no una inquietud académica y tampoco una cuya generalidad lleve a que su respuesta tenga el alcance de una regla igualmente general. Admitirlo supone dar al pronunciamiento judicial, dotado de la rigidez de la *res judicata*, un alcance que solamente puede tener en el supuesto de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113 inc. 2 de la CABA. De ahí que quien promueve la del art. 277 deba especificar cuál es la relación jurídica, cuál la incertidumbre y, muy particularmente, que no dispone “de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

Esos requisitos no son, por otra parte, fruto de la mera discrecionalidad legislativa, sino un modo de cumplir con la manda del art. 106 de la CABA con arreglo a la cual los jueces operan sobre causas, esto es, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos o de incidencia colectiva, y no sobre toda clase de conflicto o disputa, por significativa que fuere. Nada de ello ocurre en estas actuaciones, por lo que corresponde anularlas, ya que son requisitos cuya existencia corresponde a los jueces verificar, aun de oficio (cf. *mutatis mutandi*, Fallos: 331:2257; 308:1489, entre muchos otros).

2. Conforme lo ha señalado el Procurador General de la Nación en su dictamen en la causa publicada en Fallos: 307:1387, la acción declarativa de certeza se inicia “...sobre la base de un interés sustancial concreto y definido...”, tiene un “...efecto limitado a una declaración válida únicamente ‘inter partes’...” y “...**constituye [una] causa...**” (la negrita no corresponde al original); ella puede referirse “...tanto a relaciones jurídicas de derecho privado como a las de derecho público...” —doctrina que resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a la acción regulada en el art. 277 del CCAyT, cf. mi voto *in re* “Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c/ GCBA s/ acción meramente declarativa (art. 277 CCAyT), expte. n° 3937/05, sentencia de este Tribunal del 15 de junio de 2005—.

Asimismo, he señalado que:

“las acciones determinativas de derechos (vgr. art. 277 del CCAyT) [...] siempre requieren un vínculo jurídico (relación jurídica) cuya existencia, modalidad o alcance definirá la sentencia. Esto último [...] constituye el objeto de la demanda. Explica Chiovenda que la causa de la acción ‘por regla general se divide [...] en dos elementos: una relación jurídica y un estado de hecho contrario al derecho’ y que, cuando se la ejerce para obtener un pronunciamiento meramente declarativo, el objeto de sentencia es la relación jurídica concreta, concepto que grafica con un ejemplo: ‘no se puede actuar para la declaración de la ley en abstracto aplicable a una sucesión, se debe obrar por el contrario, pidiendo que se declare si Ticio y Cayo son herederos, y la cuestión de la ley aplicable constituirá una premisa, no el objeto de la declaración [...] Una acción dirigida a la declaración de uno de estos hechos jurídicos debe interpretarse como dirigida en realidad a la declaración de la relación’ (cf. Giuseppe Chiovenda, “Curso de Derecho Procesal Civil”, pags.

“2012. Año del Bicentenario de la Creación de la Bandera Argentina.” Ley 4051 C.A.B.A.

17 y 98/99, Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonzo, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995).

La demanda de autos, [al igual que lo que ocurre en el *sub lite*,] no puso a consideración de los jueces de mérito ninguna relación jurídica —entendida como “un vínculo entre varias personas en mérito del cual una de ellas está facultada o tiene el derecho de exigir algo que la otra debe cumplir” (Aftalión, Enrique R. “Introducción al Derecho”, pag. 680, octava edición, La Ley, Buenos Aires, 1967)—, en cambio solicitó la declaración de inconstitucionalidad de una norma para una categoría de relaciones jurídicas hipotéticas. Una acción declarativa de certeza desvinculada de relaciones jurídicas concretas es inadmisibile como objeto de una causa” (cf. mi voto *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos’”, expte. n° 4889/06, sentencia de este Tribunal del 21/03/2007”).

2.1. En cuanto a qué debe entenderse por relación jurídica, vale recordar las enseñanzas de Savigny, quien señala que “...cada relación de derecho nos aparece como relación de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independiente de toda voluntad extraña. En su consecuencia, toda relacion de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relacion misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relacion: el primero puede ser considerado como el elemento material de la relacion de derecho, como un simple hecho; el segundo como el elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho” (*Sistema de derecho romano actual*, M. F. C. de Savigny, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid. Ed. F. Góngora y compañía, 1878, Tomo 1, págs., fs. 223/224).

En ese marco, para que exista una relación jurídica se requiere de la existencia de, por lo menos, dos sujetos. Es decir, no constituye una relación de esa especie la que se dé exclusivamente entre un sujeto y una norma, porque en ese caso faltaría el elemento que Savigny caracteriza como “material”. La existencia de esa relación entre personas es, justamente, la que permite acodarle a la sentencia los límites subjetivos a los que debe acomodarse el instituto de la cosa juzgada.

3. La pretensión de Yell S.A. (en adelante, “Yell”), tal como fue interpretada por los jueces de mérito, sin que exista controversia al respecto, consiste en que se determine judicialmente si la ordenanza nro. 50.859 se encuentra vigente. En palabras de la Cámara, “...la [parte] actora promovió acción meramente declarativa contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se declar[ase] que la publicidad en cabinas telefónicas de uso público, se encuentra permitida desde la sanción de las Leyes N° 2178 y 2179, así como que

la prohibición de realizar este tipo de anuncio publicitario incorporada por la Ordenanza N° 50.859 se encuentra derogada” (fs. 536). En línea con ello, los jueces de mérito resolvieron “...declara[r] que la sanción de las leyes 2178 y 2179 ha implicado la derogación de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ordenanza Nro. 50.859, y, por lo tanto, no se encuentra legalmente prohibido efectuar publicidad en cabinas telefónicas de uso público, que se perciban desde la vía pública, ya sea esta aplicada o incorporada a la estructura de la cabina” (cf. fs. 275vuelta y 539vuelta).

3.1. Así planteado, lo que Yell ha sometido a conocimiento del Poder Judicial, y las instancias de mérito han resuelto con alcance a cualquier relación jurídica que hubiera nacido o eventualmente naciere al amparo de estas normas generales, es una consulta acerca de la interpretación que cabe acordarle a las normas reseñadas. Naturalmente, no es ella cuestión que competa a los jueces resolver — cf. el art. 106 del CCBA, cf. *mutatis mutandi*, Fallos: 2:253; 126:383; 184:358; 188:179; entre muchos otros, el voto de los Dres. Casás y Lozano *in re* “Almeida, Marcelo y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ conflicto de competencia” (expte. n° 4756/06), entre otros; también, cf. *El recurso extraordinario* de Estaban Imaz y Ricardo Rey, ed. Nerva, Bs. As. 2° edición, págs. 37 y siguientes—. En este orden de ideas,

Para que exista una causa susceptible de decisión jurisdiccional por los órganos permanentes del Poder Judicial que crea la CCBA es necesario presentarles una controversia acerca de una pretensión que verse sobre una relación jurídica concreta a cuyo respecto quepa adoptar una decisión que le ponga fin definitivamente. Respecto de esas relaciones jurídicas operará, exclusivamente, el pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general u otros actos cuya emisión y mantenimiento incumbe a otras autoridades. La cosa juzgada, nota distintiva de la función judicial, no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas, circunstancia que lleva necesariamente a delimitar el ámbito de lo justiciable (cf. mi voto *in re* “Tórtora, Carlos Alfredo c/ GCBA y otra s/ amparo, expte. n° 5912, sentencia del 9 de mayo de 2008, y sus citas).

Obsérvese que la parte dispositiva transcrita en el punto que antecede no respeta, en modo alguno, esas reglas, ni habría podido respetarlas a la luz de cómo Yell formuló su pretensión, sin que quepa expedirse acerca de si pudo formularla de otro modo.

Repasando lo expuesto, la decisión adoptada por los jueces de mérito no es susceptible de ser limitada a una relación jurídica, puesto que importó (i) una declaración genérica acerca de la pérdida de vigencia de la ordenanza nro. 50.859; (ii) que, como tal, proyecta efectos por fuera de este expediente, generando un *statu quo*

“2012. Año del Bicentenario de la Creación de la Bandera Argentina.” Ley 4051 C.A.B.A.

normativo, susceptible de abarcar cualquier controversia futura, al menos entre las partes; (iii) y, que, de quedar firme, goza, por provenir de un órgano del Poder Judicial, de una estabilidad, la de la cosa juzgada, que dista de la que pueden tener los actos de alcance general. Todo ello en contravención lo dispuesto en el art. 106 de la CCBA y la división de poderes allí establecida.

3.2. En suma, lo que en verdad pretende la parte actora es una declaración abstracta y no la resolución de un caso en ninguna acepción posible a la luz del art. 106 de la CCBA y la legislación que lo regula (en particular, en lo que ahora importa, el art. 277 del CCAyT), lo que resulta ajeno a un proceso judicial, a excepción del concebido en el art. 113 inc. 2 de la CCBA.

4. Por su parte, la circunstancia de que Yell hubiese invocado haber "...suscri[to] con Telefónica Argentina un contrato de promoción de venta y explotación de espacios publicitarios de todas las cabinas a su cargo y costo" (cf. fs. 536 de la sentencia de Cámara) no desvirtúa lo dicho *supra*. Ello así, toda vez que en este proceso no se ha pretendido obtener una declaración acerca del contenido de ese contrato, cuestión que no parece de competencia de la CABA, sino una acerca de la vigencia de la mencionada ordenanza 50.859, cuestión que no involucra a las partes que suscribieron ese convenio sino como miembros de una clase; y resulta ajena a lo que hubiese podido ser materia de negociación entre ellas.

5. Por lo demás, tampoco conmueve lo dicho la circunstancia de que Yell hubiera "...tramit[ado] el pedido de permiso para instalar anuncios publicitarios, sin obtener respuesta alguna de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos" (cf. fs. 536 vuelta de la sentencia de Cámara), puesto que esa circunstancia no da cuenta de la existencia de una relación jurídica a los fines de la acción aquí intentada.

5.1. Muy por el contrario, el pronunciamiento que hubiera emitido la Administración a ese respecto podría haber dado ocasión a un proceso contencioso dirigido a su anulación, así como la omisión de emitirlo podría ser materia de un amparo por mora. Pero, conforme lo he señalado, el agotamiento de la vía administrativa responde a una base constitucional (cf. mi voto conjunto con el Dr. Casás *in re "Almeida"*, ya citado); y, la acción declarativa de certeza no constituye un modo de sortearlo. En ese marco, sólo una vez que la Administración da su expresión final de voluntad puede, en principio, ser llevada a juicio.

5.2. Estas posibilidades que levanta el relato de Yell muestran, por si lo anterior no bastara para desestimar su pretensión, que habría dispuesto de otros medios para obtener tutela a su eventual derecho.

Por ello, y habiendo dictaminado el Fiscal General, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 536/539vuelta; y, rechazar la demanda. Costas a la vencida.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Todo proceso tiene requisitos de validez que se denominan presupuestos procesales, indispensables para el nacimiento y normal desenvolvimiento de la relación jurídica procesal. En otras palabras, los presupuestos procesales son las condiciones que deben concurrir en una relación procesal para que el juez pueda dictar sentencia sobre el fondo, y cuya ausencia puede declararse incluso de oficio.

Y es que la existencia de un proceso válido no puede dejarse enteramente librada a la voluntad de las partes, ya que no está en juego únicamente el interés privado de los litigantes, habida cuenta la participación activa del Estado en el proceso a través del Poder Judicial. El carácter de cosa juzgada del que gozan las decisiones judiciales exige la estricta concurrencia de determinados presupuestos que justifiquen la actuación del pertinente órgano judicial, pues de lo contrario los magistrados extenderían su poder a supuestos no previstos por el plexo constitucional, con el consiguiente riesgo para la vigencia del estado democrático y los derechos de los ciudadanos.

La existencia de un caso o causa susceptible de ser tratado por un órgano judicial, constituye un presupuesto esencial de validez del proceso, que está establecido en la propia Constitución Nacional (art. 116) y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 106). Si tramitara un proceso sin la existencia de una "causa", el Poder Judicial intervendría en un supuesto que excede las competencias que le fueron constitucionalmente asignadas, con la consiguiente violación del principio de división de poderes.

Por lo tanto, la ausencia de cuestionamiento respecto de la vía escogida y la existencia de una causa concreta por parte del GCBA, no impide que este Tribunal examine de oficio tales recaudos, sin los cuales no podría haber proceso válido ni intervención legítima del Poder Judicial.

2. Sentado lo expuesto, cabe recordar cuáles son los requisitos esenciales de la acción meramente declarativa o declarativa de certeza.

Conforme lo dispone el art. 277 CCAyT —similar al art. 322 CPCCN—, constituye un proceso que tiene por objeto “... *obtener una sentencia meramente declarativa para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al/la actor/a y éste/a no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente ...*”

Del texto reseñado se desprenden tres requisitos de procedencia (Fenochietto, Carlos Eduardo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales”, 2ª ed.act. y ampl., tomo 2, comentario al art. 322, pág. 275, Ed. Astrea, Bs.As., 2001):

- a) Un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica.
- b) La existencia de un interés jurídico serio en el peticionario, de modo que la incertidumbre referida ocasione, eventualmente, un daño, lesión o perjuicio actual.
- c) Inexistencia de otro medio en el ordenamiento jurídico para obtener el cese de la falta de certeza alegada.

Como veremos a continuación, la ausencia, al momento de su iniciación, de requisitos esenciales para la procedencia de la presente acción declarativa de certeza, justifica su rechazo.

3. La presente acción meramente declarativa tiene por objeto que “... *a los fines de despejar la incertidumbre que ha generado la conducta de la demandada que entorpece e imposibilita el ejercicio de la actividad de mi representada como sujeto de la actividad publicitaria en las cabinas telefónicas de uso público, se declare que la publicidad en cabinas telefónicas de uso público, visible desde la vía pública, se encuentra permitida desde la sanción de las Leyes Nº 2179 y Nº 2178 así como que la prohibición de realizar este tipo de anuncio publicitaria (sic) incorporada por la Ordenanza Nº 50.859 se encuentra derogada ...*” (fs. 1).

El juez de primera instancia admitió la demanda, y declaró “*que la sanción de las leyes 2178 y 2179 ha implicado la derogación de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ordenanza Nro. 50.859 y, por lo tanto, no se encuentra legalmente prohibido efectuar publicidad en cabinas telefónicas de uso público, que se perciban desde la vía pública, ya sea ésta aplicada o incorporada a la estructura de la cabina*” (fs. 277 vta.). Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 536/539).

Así planteado el objeto del proceso y las consiguientes decisiones de los jueces de mérito, se advierten distintas falencias que obstaculizan la conformación de una relación jurídica procesal válida.

3.1. En primer lugar, el objeto de la demanda ha sido planteado con una generalidad y abstracción tal que no permiten relacionar al proceso con ninguna situación jurídica concreta, lo que confiere a los pronunciamientos dictados por los jueces de mérito un alcance *erga omnes*, que excede a las partes intervinientes en el proceso y que conspira contra los lineamientos esenciales del sistema de control difuso.

La sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, resuelve un conflicto normativo mediante una decisión abstracta y genérica, que por la forma en que fue redactada podría ser invocada incluso por terceros ajenos al presente juicio, lo que permite formar convicción sobre el exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional, cuestión que puede y debe ser declarada de oficio toda vez que los tribunales judiciales están habilitados para examinar su propia competencia, aún sin petición de parte.

Es por ello que podemos afirmar que, en esta causa, el Poder Judicial ha actuado como órgano de consulta para resolver un conflicto normativo, lo que conspira contra la jurisprudencia elaborada en torno al perfil de la acción meramente declarativa. Y en tal sentido, la Corte Suprema ha dicho en numerosas oportunidades que la pretensión meramente declarativa no procede si la cuestión debatida tiene un carácter “simplemente consultivo” o importe una “indagación meramente especulativa” (conf. Fallos 307:1379; 310:606; 316:2855 y 318:2374, entre otros), como ocurre en el caso.

3.2. Por otro lado, la presente vía procesal no es la idónea para resolver el conflicto planteado por el accionante.

En su demanda, la actora manifiesta que ha realizado presentaciones en sede administrativa para obtener la habilitación de distintos avisos publicitarios en cabinas telefónicas ubicadas en la vía pública, pero que, al momento de interposición de esta acción, la Dirección General de Habilitaciones y Permisos aún no se había expedido al respecto (fs. 6/7).

Es decir, la actora inició la presente acción sin haber terminado de transitar la vía administrativa y/o judicial en lo referido a los conflictos planteados. De tal manera, evitó proseguir una vía que era más idónea y eficaz para despejar la incertidumbre alegada, ya que allí se debatía una situación jurídica concreta —referida a la habilitación de determinados avisos publicitarios—, y una vez resuelta en sede administrativa o —eventualmente— en la judicial, serviría como precedente para los restantes supuestos similares.

3.3. En conclusión: en estas actuaciones no se planteó un caso o causa susceptible de ser llevado a conocimiento de un tribunal judicial por la vía de la acción declarativa de certeza, sino una mera

consulta destinada a resolver un conflicto normativo con un alcance abstracto y genérico, desligado de una relación o situación jurídica concreta. Ello ha motivado una actuación que desborda las competencias constitucionalmente asignadas a este Poder Judicial, y afecta la validez del presente proceso, lo cual debe ser declarado de oficio en esta oportunidad.

4. En virtud de lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar las sentencias de fs. 268/276 y 536/539 y rechazar la demanda, con costas de todo el proceso a la actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Rechazar el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

**Expte. n° 8133/11: “GCBA s/
queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado
en ‘Yell Argentina SA c/ GCBA
s/ acción meramente
declarativa art. 277 CCAyT)”**