

Expte. n° 4627/06, “**Gigacable S.A. c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad**”, sentencia del 11/12/2007

Voces: Acción declarativa de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Ley n° 1.877. Televisión por cable y servicios complementarios. Regulación para la instalación de infraestructuras de redes híbrido fibra coaxil por tendido aéreo. Requisitos exigidos a futuros prestadores de los cuales quedan excluidos los prestadores que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio. Principio de igualdad ante la ley. Razonabilidad de la clasificación de los prestadores del servicio de televisión por cable y servicios complementarios. Derecho a ejercer industria lícita. Defensa de la libre competencia. Derechos de los consumidores. Art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Categorías sospechosas. Vinculación con las personas físicas. Efectos: suspensión de la presunción genérica de constitucionalidad de la norma e inversión de la carga justificatoria a cargo del Estado. Escrutinio judicial estricto. Control de razonabilidad. Aspectos cuantitativos y cualitativos de la razonabilidad. Discriminación arbitraria para los futuros prestadores del servicio de televisión por cable y servicios complementarios. Alcance del concepto de servicios complementarios. Telefonía. Internet. Ocupación del espacio público aéreo y subterráneo. Ejercicio del poder de policía del Estado por razones de seguridad, estética y preservación del patrimonio histórico de la Ciudad de Buenos Aires. Implementación de un sistema tendiente a la instalación de redes subterráneas o por pulmón de manzana en reemplazo de los tendidos aéreos. Mayores costos de infraestructura para los nuevos prestadores que ingresen al mercado. Ejecución de obras bajo metodología subterránea previéndose en el proyecto constructivo (obras de soterrado) que los ductos tengan capacidad de alojar a las redes aéreas existentes en el área. Obligatoriedad de que la cobertura del servicio de televisión por cable y servicios complementarios sea socialmente equitativa y no resulte discriminatoria para zonas con población de menor desarrollo económico (zonas de desarrollo prioritario y de renovación urbana).

**Expte. n° 4627/06
“Gigacable S.A. c/ GCBA
s/ acción declarativa de
inconstitucionalidad”**

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2007

Vistas: las actuaciones indicadas en el epígrafe,

resulta:

1. Gigacable S.A. y la abogada Ana Inés Coni promueven acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2, CCBA) para que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 4, 6 *in fine*, 7, 14, 24 y 31, tercer párrafo, de la ley local nº 1.877 (fs. 45/45 vuelta), que establece la nueva regulación para la instalación de redes de televisión por cable y servicios complementarios.

La actora afirma que, a los efectos de ejercer su actividad en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, los futuros prestadores de estos servicios deben tolerar exigencias y condiciones impuestas por las normas impugnadas que, ella sostiene, resultan asimétricas con relación a aquéllas que obligan a compañías de servicios del rubro ya establecidas

De este modo, el fundamento constitucional de la impugnación reposa en la alegada violación del principio de igualdad (arts. 16 y 20 CN, art. 11 CCBA); del derecho de los consumidores (art. 42 CN, arts. 46 y 48 CCBA), en tanto las medidas adoptadas, distorsivas del mercado, atentan contra “una sana y efectiva competencia ..., fomentando la creación y consolidación de formas monopólicas u oligopólicas en la prestación de servicios”; del derecho a la pluralidad de transmisiones (art. 47, CCBA, en tanto la Ciudad “vela para que no sea interferida la pluralidad de emisores y medios de comunicación, sin exclusiones ni discriminación alguna”) y del derecho de propiedad (arts. 14 y 17 CN, 12, inc. 5 CCBA).

2. Por resolución del 12 de julio de 2006, el Tribunal declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada y ordenó correr traslado de la demanda al Sr. Jefe de Gobierno (fs. 132/134).

A fs. 137/144 vta., la representación del Gobierno de la Ciudad propició el rechazo íntegro de la acción interpuesta, por entender que: 1) La impugnación parcial de la ley nº 1.877 pone de manifiesto que la actora no ha comprendido que esta norma es “una estructura inescindible”, cuyas partes no pueden ser extraídas del contexto del cual depende su sentido y la posibilidad de identificar su dimensión teleológica (fs. 138); 2) el GCBA, al dictar la ley parcialmente cuestionada, que reglamenta el modo y las condiciones en que los prestadores actuales y futuros del servicio de televisión por cable y prestaciones complementarias habrán de ocupar el espacio público urbano, tanto aéreo como subterráneo, ha ejercido el poder de policía que detenta (fs. 138); 3) la ocupación del espacio público está directamente relacionada con “la disminución de la calidad de vida de todos nosotros, el aumento de accidentes automovilísticos, accidentes callejeros que afectan a los ciudadanos y sus bienes y la pérdida del patrimonio histórico, cultural y arquitectónico” (fs. 139 vuelta); 4) la circunstancia de que la normativa en crisis se dirija, primariamente, a potenciales nuevos prestadores del servicio mencionado

supra, no significa eximir de toda obligación a los licenciarios que utilizan redes operativas existentes, circunstancia que surge palmariamente de los artículos 10, 11, 12 y 13 de la ley que regula la instalación de redes de televisión por cable (fs. 140 vuelta); 5) el verdadero objeto que persigue Gigacable al promover esta acción no es la declaración de inconstitucionalidad de las previsiones que critica por su carácter arbitrario, discriminatorio o irrazonable, sino el de minimizar el gasto que implica la explotación pretendida del servicio (fs. 142 vuelta); 6) en suma, la normativa cuestionada “es una norma de policía mediante la cual se quiere delimitar el contenido de un derecho para hacerlo compatible con los derechos de los demás” (fs. 143).

3. El 15 de septiembre de 2006 se dio intervención a la Fiscalía (fs. 151, punto 2).

A fs. 152/155 vta. dictaminó el Fiscal General Adjunto, Dr. Rubén Antonio Pereyra, y opinó que algunos de los derechos constitucionales invocados por la actora son efectivamente vulnerados por dos de las normas impugnadas. “En el presente caso, se observa que existe un derecho constitucionalmente garantizado a trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14 CN) que ha sido restringido por una norma (arts. 4 y 14 de la ley nº 1877) que establece una distinción, a los efectos del ejercicio de ese derecho, con base en la antigüedad de tres empresas en la prestación del servicio, que perjudica a una de las categorías discriminadas (las otras empresas). / Considero que la regla de igualdad es transgredida en tanto se está prodigando en forma directa a diferentes empresas un tratamiento desigual, sin una justificación objetiva y razonable. Además, dicha justificación, no puede reducirse, como en el argumento de la demandada, a una genérica y formularia invocación de ‘seguridad de los habitantes’; o de la ‘razonabilidad’ de la medida; o del ‘interés público’. (...) Por todo lo expuesto ..., soy de la opinión que debe declararse la inconstitucionalidad de los arts. 4 y 14 de la ley nº 1877, únicamente en lo que respecta al trato discriminatorio efectuado respecto a las nuevas prestadoras, por ser violatorio de los artículos 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de la Ciudad. Esto es, que se supriman del apartado b) del artículo 4 la frase ‘y cuando concurriera el supuesto previsto en el artículo 14 de la presente ley’, y el primer párrafo del artículo 14” (fs. 154/154 vuelta). En cuanto a las restantes impugnaciones deducidas, el dictamen propicia el rechazo de la acción (fs. 14 vta./155 vuelta).

4. El 15 de agosto de 2007 se celebró la audiencia pública que prevé el art. 6 de la ley nº 402, en la que estuvo presente el perito designado en autos, ingeniero en telecomunicaciones Jorge Luis Sanguinetti, a fin de ser interrogado sobre cuestiones relativas al objeto del peritaje cuyo dictamen está agregado a fs. 222. Durante la audiencia,

las partes reiteraron sus planteos, ya formulados en la demanda y su contestación. Por su parte, el Sr. Fiscal General Adjunto mantuvo la posición sustentada en su dictamen y subrayó que el elemento novedoso del debate, aportado por el dictamen pericial, demuestra inequívocamente un trato desigual, que se manifiesta en el plano jurídico —con severas consecuencias económicas— en detrimento de la parte actora. Asimismo, el representante del Ministerio Público Fiscal reconoció la orfandad normativa que exhibe la problemática sobre la que versa esta acción, al menos en aspectos relativamente centrales, a los que había aludido la Procuración.

Finalmente, compareció el perito designado en autos, quien fue interrogado por el Sr. juez Luis F. Lozano, por el Fiscal General Adjunto y por el Procurador General de la CABA, Dr. Agustín Zbar.

Fundamentos:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

I. El fundamento constitucional de la impugnación: el principio de igualdad

Resulta indudable que la base de la impugnación constitucional a las disposiciones de la ley nº 1.877 está constituida por el principio de igualdad y el derecho a ejercer una industria lícita en igualdad de condiciones con los eventuales competidores. También resulta evidente que con esa impugnación no puede vincularse el derecho de propiedad, ya que ninguna de esas reglas se refiere al dominio o tenencia actual sobre bienes, para regular su adquisición o pérdida de alguna manera.

En cambio, las disposiciones citadas respecto del derecho de consumidores y usuarios y respecto de los medios de comunicación sólo mantienen una referencia indirecta con el problema en tanto reposan, precisamente, en la igualdad de oportunidad para ejercer una industria lícita, el control del mercado y sus distorsiones y la defensa de la libre competencia (art. 42, II, CN, arts. 46, II, CCBA, 47, I, CCBA y 48, III, también de la Constitución local).

Procuraré establecer: a) si el control que debe practicar el Tribunal respecto de la validez constitucional de las reglas impugnadas consiste en el control de razonabilidad o, por lo contrario, en su escrutinio estricto; b) si el contenido de la normativa impugnada vulnera, como aduce la actora, el principio de igualdad; c) en caso afirmativo, si el contenido inconstitucional se verifica en todas las disposiciones criticadas por la actora, o sólo en algunas de ellas y d) en cada caso, enunciaré el fundamento de mi conclusión y los desarrollos que confluyeron en ella.

I.1. La violación al principio de igualdad y el control de razonabilidad

a) Escrutinio estricto y control de razonabilidad

Es sabido que el art. 11 de la CCBA establece, en su segundo párrafo, un mecanismo equivalente a un test de validez constitucional de una norma, toda vez que ésta contenga en su enunciado una de las llamadas “categorías sospechosas” (raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, entre otras). Cuando una cuestión se encara desde esta perspectiva, la de las “categorías sospechosas”, el control de validez constitucional introduce pasos que difieren del más simple control de razonabilidad de las normas. Como este Tribunal expresó en diversas causas en que el factor de distinción era etario (cf. expte. n° 482/2000, “Sandez, Carlos Armando”, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, 2000, ps. 417 y ss., sentencia del 29/11/2000 y expte. n° 826/01, “Salgado, Graciela Beatriz c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], *cit.*, t. III, 2001, ps. 688 y ss., resolución del 21/11/2001) y, como en todos mis votos, al integrar un pronunciamiento unánime o al decidir en minoría, yo sostuve a fin de impugnar una norma, o una resolución basada en una norma, cuyo enunciado incorporase con carácter limitante del ejercicio de un derecho constitucional *cualquiera* de las calificaciones prohibidas por el art. 11 de la CCBA (ver, por ejemplo, mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3103/04, resolución del 31 de marzo de 2005), la inclusión de alguna de tales categorías produce dos efectos fundamentales: a) suspende la presunción genérica de constitucionalidad de las normas; b) opera la inversión de la carga justificatoria, por lo cual es el Estado el que debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente, no obstante ser una de aquellas que la Constitución local ha calificado como *sospechosa*, está justificada. Los dos factores enunciados operan el sometimiento de la justificación estatal a un estándar de examen o *escrutinio judicial estricto*.

Precisamente, el primer fundamento constitucional de la impugnación de Gigacable reposa en la supuesta vulneración del principio de igualdad, y el Derecho que invoca en tal sentido es el que enuncian los arts. 16 y 20, CN y *el art. 11, CCBA*.

Sin embargo, y como se aprecia a poco de reflexionar acerca de los valores ínsitos en las “categorías” que enuncia el art. 11 de la Constitución local, yo estimo que aquéllos se identifican con bienes que corresponde reconocer, primariamente, a las *personas físicas* (*v. gr.*, caracteres físicos, condición psicofísica, raza, género, orientación sexual, edad y demás). El debate que ha llegado a nuestros estrados, considero

yo, se despliega en el carril más tradicional del *control de razonabilidad* de la ley.

b) El control de razonabilidad

El control de razonabilidad se explica, especialmente a partir de la jurisprudencia de la CSJN, como un examen asentado en la ponderación de la adecuación entre los fines perseguidos por la norma y los medios utilizados para la consecución de tales objetivos. Sin embargo, aquello que antecede sólo remite a la dimensión instrumental de la razonabilidad, orientada a determinar la proporcionalidad existente entre el objetivo constitucional de la ley y las restricciones impuestas a los derechos, de tal modo que los medios no resulten arbitrarios, desproporcionados o antojadizos. En este sentido, como lo tiene dicho la Corte, las restricciones a los derechos serán razonables, cuando estén justificadas por los hechos que les dan origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y se reconozcan como oportunas y adecuadas a los fines que se procura alcanzar con ellas. Con otras palabras, diremos que 'hay razonabilidad' toda vez que se verifique una relación inteligible y estrecha entre los fines a cumplir y los medios escogidos para ello, y cuando esta relación resulte directa, real, sustancial (Fallos: 243-473; 300-642; 319-2151 y 2215).

Ahora bien: la pauta de la razonabilidad tiene otras dimensiones. Una es cuantitativa: ella se refiere a la integridad de los derechos tomados en sí mismos, en su aspecto esencial y básico, de modo que aquí el intérprete formula un juicio ponderativo entre el derecho y la restricción legal, independientemente del objetivo de la ley, a fin de establecer el "*quantum*" constitucional de la restricción y, en su caso, comprobar si lo ha alterado o no (art. 28 CN). No es otro el sentido del criterio hermenéutico conforme al cual, no obstante la inexistencia de derechos absolutos en la Constitución Nacional, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en ella, "pues no puede destruir lo mismo que ha querido amparar" (Fallos: 199-145).

Por su parte, se aprecia una perspectiva cualitativa de la razonabilidad: es la que se interpreta mediante la comparación entre varios supuestos fácticos y la norma jurídica, de forma tal que a antecedentes iguales, se imputen iguales consecuentes, sin excepciones arbitrarias. "La igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (Fallos 16-118; 155-96; 286-97).

Por fin, se reconoce un horizonte temporal, en tanto el transcurso del tiempo y la dinámica de las circunstancias que la ley contempla pueden tornar irrazonable la aplicación de la ley que, en sus orígenes, establecía restricciones reputadas razonables en ese momento genético (Fallos: 301-319; 316-3104; 317-756; 319-3241).

De este modo, para que una norma supere exitosamente el control de razonabilidad, debe advertirse o, en su caso, demostrarse, un resultado cuyo valor sea significativo y justifique la limitación de derechos y principios constitucionales, también fundamentales en un marco de racionalidad democrático. Cuando aquello que testeamos es la razonabilidad de una norma, al entender que asiste al poder reglamentador la potestad de limitar algunos bienes que aquélla tutela, no exigiremos necesariamente un interés primordial, fundamental o insuperable, como en el caso de las categorías sospechosas. Tampoco se producirá una inversión del *onus probandi* del modo explicado respecto del escrutinio estricto. Sin embargo, a) la norma debe violentar un valor, o un interés, a través de la limitación de un derecho constitucional; b) el intérprete debe precisar fundadamente si esa afectación resulta adecuada respecto de la finalidad perseguida, adecuación que debe poder afirmarse en los planos cuantitativo, cualitativo, instrumental y temporal. En un punto de intersección con el test más estricto, se exige, en definitiva, cierta inevitabilidad de la restricción (cierto es que *lo razonable* no es necesariamente inevitable, pero resulta *fuertemente elegible*), esto es, la evidencia del carácter difícilmente accesible del objetivo normativo por medios menos gravosos; y c) si quien impugna la norma logra mostrar, respecto de las dos condiciones anteriores, que aquélla violenta un bien y que esa afectación difícilmente pueda sostenerse en un marco de deliberación racional, entonces el Estado deberá explicitar cuál es la relación medios/fin que no surge con evidencia al juicio reflexivo del intérprete tras la práctica del control de constitucionalidad. Por lo contrario, en tal caso el Estado deberá demostrar —y tomo como ilustración el *subjudice*—, en qué sentido una norma promueve la seguridad, el desarrollo, el patrimonio histórico y estético de la Ciudad, al eximir a los más antiguos y potentes prestadores de ciertos servicios de la carga cuyo cumplimiento estimula, según la propia Administración, aquellos valores.

En lugar del test del escrutinio estricto, con base en el art. 11 de la CCBA y su correlato conceptual, referido a las “categorías sospechosas”, ya explicado, yo estimo que el *control de razonabilidad* es el encuadre analítico-normativo que corresponde aplicar en la acción declarativa de inconstitucionalidad que trae a estos estrados Gigacable.

II. El contenido de la normativa impugnada

II.1. Los arts. 4, 14, primer párrafo, y el art. 6 *in fine* de la ley nº 1.877

La primera norma que impugna la actora es el art. 4 de la ley nº 1.877. Esta disposición habilita la instalación de infraestructuras de redes

HFC (“redes híbrido fibra coaxil”; cf. art. 2, inc. c), mediante tendido aéreo sobre columna metálica, en la zona 2 (comprensiva de toda la Ciudad, excluido el microcentro y el casco histórico) en tanto se verifiquen los extremos contemplados en el art. 14. La disposición se formula en los siguientes términos: “La instalación de infraestructuras de redes HFC deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación y sólo procederá:

- a. Por tendido subterráneo y/o por pulmón de manzana en toda la ciudad;
- b. Por tendido aéreo sobre columna metálica en arterias ubicadas en la Zona 2 del Anexo I *y cuando concurriera el supuesto previsto en el art. 14 de la presente ley*”.

Por su parte, el art. 14, en su primer párrafo, limita la habilitación mencionada “a aquellos tres (3) prestadores que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio, al 31 de diciembre de 2004” —de acuerdo con los datos acerca del mercado de la TV por cable aportados por la actora, el servicio que reglamenta la normativa impugnada es brindado actualmente por las firmas Multicanal, Cablevisión y Telecentro—. La actora entiende que esta regulación tiene por objeto favorecer y afianzar la posición en el mercado de los únicos tres operadores del servicio de televisión por cable ya establecidos, en detrimento del universo de potenciales competidores para quienes, en las condiciones actuales de vigencia de esta normativa, el acceso al mercado resulta prohibitivo y, por tanto, impracticable.

¿Se verifica el tratamiento arbitrariamente desigual que denuncia la actora? ¿Le asiste razón al afirmar que el art. 4, en tanto autoriza el tendido aéreo en el inc. b (“*y cuando concurriera el supuesto previsto en art. 14 de la presente ley*”) y el segmento analizado del art. 14 de la ley local nº 1.877, establecen y legitiman un trato injustificadamente desigual entre las tres empresas que acreditan mayor antigüedad en la prestación del servicio, por un lado, y los potenciales futuros competidores, por el otro? ¿Es posible, sin incurrir en discriminaciones injustificables, que el Estado fije un objetivo “de política local” (la regulación para la instalación de redes de televisión por cable) y establezca para ello una serie de limitaciones y gravámenes que constriñen sensiblemente el derecho a trabajar de los nuevos, potenciales prestadores del servicio —limitaciones y gravámenes que tornan virtualmente impracticable la instalación de aquéllos en el mercado— y que, a la vez, exima de unas y otros a tres empresas que no son solamente “las más antiguas del mercado”, sino que integran grupos económicos potentes y pujantes en nuestro país? Como se verá, la contestación del Gobierno a la impugnación formulada por Gigacable, el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley nº 1.877 y los argumentos aportados por la demandada en la audiencia pública en el TSJ, resultan tres piezas de marcada insuficiencia a la hora

de establecer, como nos compete hacerlo, la existencia de razones que aporten una *justificación* para el tratamiento desigual de ambos grupos de emprendedores.

Dentro del sistema constitucional vigente (arts. 16, CN y 11, CCBA), la desigualdad que exhibe la regulación en crisis constituye, *prima facie*, una discriminación írrita y, por lo tanto, arbitraria.

La práctica del control de constitucionalidad en el *subjudice* supone verificar la razonabilidad (en las cuatro dimensiones analizadas) de las normas sometidas a escrutinio. El primer paso del test de razonabilidad, esto es, *la simple evidencia* de amplia adecuación de las normas *merced al solo acto de su interpretación*, no resulta exitoso. En efecto, el tratamiento que disponen no representa una mera reglamentación del derecho a trabajar mediante la instalación y explotación de redes de televisión por cable y servicios complementarios, sino su propia negación: ¿Cuál es el mal que se quiere evitar con la exención de las tres prestadoras actuales de las cargas impuestas por la ley nº 1.877? O, a la inversa, ¿cuál es el bien que se pretende lograr? En la contestación de la demanda, el Gobierno invoca, como fundamento de la normativa, “[resolver] cuestiones de zonificación o de desarrollo”, “tutelar la prestación del servicio público de televisión por cable y sus complementarios”, “garantizar y proteger los derechos de los usuarios de servicios públicos”, “[preservar] la seguridad en el debido ejercicio del derecho mismo” (fs. 138 vta.); “[desarrollar] una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano” que promueva “la preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora, así como la seguridad vial y peatonal y el uso de tecnología no contaminante” (fs. 139). Sin embargo, me parece evidente que los enunciados que anteceden se limitan a explicitar el fundamento de la reglamentación misma del servicio, cuestión que resulta ajena a esta acción declarativa de inconstitucionalidad, en tanto nada aportan al esclarecimiento de los motivos del trato desigual impuesto por los artículos cuestionados, y su eventual justificación, que es lo que aquí se discute.

Sabemos que las potestades discrecionales de la Administración no son ilimitadas. La propia Procuración subraya que esas facultades tienen confines cuyo “linde [está dado por] los principios generales del derecho, especialmente *el principio de la razonabilidad*” [fs. 139; énfasis aportado]. Al tangencializar el análisis que debemos encarar, la demandada continúa: “¿Es acaso irrazonable que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires atendiendo a la seguridad, estética y preservación del patrimonio histórico en lo que hace al Microcentro y Casco Histórico y a fin de mejorar la seguridad de los habitantes de la Ciudad ... establezca normas que regulen el retiro de los tendidos aéreos y columnas metálicas existentes en el primero y la reconversión de

tendidos aéreos de cable en la Ciudad en los lugares en donde existe mayor proporción de postes de madera?” (fs. 139). Yo respondo tantas veces “no” como preguntas de este estilo formule la representación del Gobierno —no sin conciencia de mi relativa incomodidad de cara al obvio cambio de tema que aquella me impone—. Esos objetivos no son irrazonables. Sin embargo, la pregunta aquí debe ser: “¿Es razonable que el costo de esos objetivos se imponga exclusivamente a los nuevos prestadores del servicio, mientras que aquellos tres operadores que acrediten mayor antigüedad en la prestación efectiva de aquél están autorizados a mantener el tendido aéreo? En este caso, la respuesta negativa se impone, al resultar irrazonable la regulación en cuestión en tanto establece un trato normativo —con fuertes consecuencias económicas— dispar, injustificado y hasta pro-oligopólico, contrario por todo ello a normas constitucionales (nacionales y locales). Consultado el primer elemento para la práctica del test de razonabilidad, concluyo (provisoriamente) que los arts. 4 y 14, primer párrafo, de la ley local nº 1.877 quedan descalificados como normas válidas por el simple cotejo de proporcionalidad entre fines y medios, por el significativo “*quantum*” de la restricción al derecho a trabajar en condiciones de igualdad y por la paridad fáctica de las pretensiones de los dos grupos de prestadores que estas normas distinguen, en principio, arbitraria e inconstitucionalmente.

II.2. El artículo 6 *in fine*

La actora impugna, asimismo, el art. 6 *in fine* de la ley que he citado múltiplemente. Esta norma impone a los prestadores que instalen redes subterráneas en zonas donde existan redes aéreas de otros prestadores (los tres mencionados), la obligación de prever que sus ductos tengan capacidad suficiente para alojar tales redes aéreas (las de los más antiguos licenciatarios). Según el criterio de la actora, este mandato “a la luz del escenario que la regulación en su conjunto diseña, no hace sino profundizar la discriminación contraria a los intereses de los potenciales nuevos prestadores” (fs. 47).

La demandada responde que el segmento impugnado de la norma analizada responde a criterios de lógica y razonabilidad, en sustento de lo cual argumenta como sigue: “Incongruente sería un texto que permitiera en una zona en donde existen tendidos de redes aéreas cuya eliminación debe producirse en los plazos al efecto previstos en la normativa y un nuevo prestador debe realizar tendido mediante la instalación subterránea, que la capacidad de los ductos se reduzca a ese sólo prestador y que más adelante el prestador existente en la zona tenga que colocar otros para soterrar sus instalaciones”. Agrega la demandada que la adopción de un criterio contrario al que propicia la norma examinada tendría como consecuencia necesaria “que las calles de la Ciudad no sólo fuesen desmontadas innumerables veces con el consiguiente gasto

económico que implica volver las aceras a su estado anterior sino y fundamentalmente que el subsuelo se colme de tuberías que se suman a las de otros servicios como gas, electricidad y agua ya existentes” (fs. 141).

Advierto que entre las reglas analizadas conjuntamente *supra* (arts. 4 y 14, primer párrafo) y la disposición contenida en el art. 6 *in fine*, la evidencia de desigualdad injustificada difiere. Al resultar compulsiva para los futuros prestadores de servicios de televisión por cable y complementarios la instalación de redes subterráneas, este segmento normativo sólo prevé que los proyectos constructivos en los que se disponga el soterrado de cables contemple una capacidad de sus ductos suficiente para alojar las redes aéreas de las tres prestadoras más antiguas. Según mi criterio, resulta, en principio, plausible la contestación del Gobierno, orientada a mostrar que el disvalor que el art. 6 *in fine* pretende evitar es el deterioro constante y sistemático de las calles de la Ciudad debido al soterramiento de tuberías para la provisión de éste y otros servicios, en perjuicio de una multiplicidad de bienes de muy diversa índole que es derecho de los habitantes disfrutar.

Concedido, pues, que se advierte con evidencia una diferencia sustantiva entre esta disposición y las examinadas en primer término, puesto que, claramente, la presente se encuadra en un marco de previsiones para una utilización razonable y económica del espacio, corresponde asegurarnos de que tal diferencia resulte categorial, esto es, que la carga impuesta en la norma bajo análisis no implique una nueva desigualdad írrita. A poco de profundizar el examen, yo advierto que aquéllo normado por el art. 6 *in fine* adolece de insuficiencia de contenidos y *en esa fisura cabe la impugnación* que la actora efectúa sobre este segmento de la regla analizada. Concretamente, esta regla no prevé que las futuras empresas prestatarias del servicio, sobre las que recae el mandato de ampliar la capacidad de sus ductos, resulten compensadas por la mayor inversión impuesta o, cuando menos, compartan el costo económico con las empresas que, ya establecidas en el mercado, se verán favorecidas por el espacio subterráneo *aportado* por las nuevas prestadoras.

La disposición bajo análisis es clara: “Cuando, en coincidencia con instalaciones existentes de tendidos de redes aéreas, se ejecuten instalaciones bajo metodología subterránea por parte de otros prestadores debidamente autorizados, éstos deberán prever en el proyecto constructivo de la obra a aprobar la instalación subterránea de los ductos necesarios para soterrar las redes aéreas existentes en el área”.

De ello se sigue, para simplificar, que la norma impone a la empresa X un emprendimiento mayor en favor de la empresa Y, pero nada dispone acerca de la necesidad y justicia (no simple conveniencia) de que Y absorba, total o parcialmente, el costo económico de la mayor

infraestructura provista por X (sabido es que al aludir a “mayor emprendimiento” nos referimos a una previsión en la que el “mayor costo” es una inversión de importantísima magnitud; ver peritación a fs. 222/4). Por consiguiente, la desigualdad irrazonable e injustificada resurge en otra dimensión de la normativa reprochada. Se observa aun más claramente esta realidad, en tanto se advierte que las tres prestadoras del servicio ya establecidas carecen de la necesidad de soterrar inmediatamente sus redes —dada la excepción legal—, aspecto que preanuncia su falta de colaboración con el emprendimiento obligatorio, según esta reglamentación de la ley.

II.3. El debate parlamentario en torno a la ley n° 1.877

Las nuevas disposiciones que rigen a las empresas licenciatarias para seguir operando implican, incontrastablemente, obturar la competencia de cualquier potencial nuevo prestador del servicio. “[U]na serie de decisiones gubernamentales ... afectarán de forma directa el futuro escenario comunicacional. La aprobación o no de esta transacción, la definición de la norma con la cual va a operar la televisión digital, y la autorización a la prestación del servicio triple plan. Una constante de todos los gobiernos en tiempos electorales fue usar como moneda de cambio el intercambio de favores con los grupos comunicacionales más poderosos. / Poco antes de las últimas elecciones legislativas se sancionó el decreto 527/05, que extendió por 10 años la explotación de las licencias de radiodifusión. Nada hace pensar que esta vez será distinto”.¹

Como se verá, estas reflexiones constituyen una apertura adecuada al análisis del debate parlamentario en torno a la ley n° 1.877. La lectura de la Versión Taquigráfica N° 53, correspondiente al Acta de la 35ª Sesión Ordinaria de la Legislatura de la Ciudad, de fecha 1º de diciembre de 2005, en la que se sancionó la ley n° 1.877, resulta elocuente a propósito de nuestro examen de constitucionalidad, por diversas razones. En primer término, algunos diputados cuestionaron el carácter de la mayoría necesaria para su aprobación y la legitimidad de la ley en caso de ser sancionada por mayoría simple, y, aunque el Presidente de la Legislatura, diputado De Estrada, interpretó que no era ésta una ley cuya aprobación requiriera una mayoría especial, el margen por el que fue aprobada resultó ciertamente escaso (23 votos por la afirmativa y 18 por la negativa en la votación general; el mismo margen para los arts. 4, 7, 14, 24 y 31 y con 24 votos positivos el art. 6, todos ellos total o parcialmente impugnados por la actora en el *subjudice*). El cuestionamiento de la mayoría requerida fue planteado por el diputado

¹ Poltolsky, Glenn; “Los nuevos dueños de las telecomunicaciones” en *La Cruzía / Red Voltaire*; Foro Político, Facultad de Ciencias Políticas de la UCA, 16/3/07, ver <http://www.erommel.com.ar/uca/viewtopic.php?p=4070&sid=b82c345b4375cd33fb315ff722e16c5b>.

Cantero, quien expuso que *“el Artículo 1º de este proyecto marca claramente que debe haber cuarenta votos para ser aprobado. Desde ya, se puede pedir que para su aprobación se necesiten menos votos, pero debería volver a comisión para reformarlo allí y para que salga con menos cantidad de votos”* (p. 201).

En segundo término, el debate parlamentario prácticamente se ciñó al cuestionamiento de la finalidad del proyecto legislativo; concretamente, quienes no se impusieron en la votación pero tuvieron amplio protagonismo en las deliberaciones entendieron, sin excepciones, que el proyecto no perseguía otra finalidad que la de preservar los intereses de determinados grupos empresariales. Si bien la lectura del debate no permite concluir que se tematizó el menoscabo que el proyecto de ley representa para futuros prestatarios del servicio, el dualismo “grupos empresariales” / “sociedad civil” y el supuesto menoscabo al segundo término de la diada *dominó* la deliberación que debió concluir en ausencia de la menor superación de esta confrontación radical de ideas, esto es, sin consenso sobrepuesto posible.

El diputado Molina dejó expuesta, sin ambages, la sospecha sobre la finalidad del proyecto legislativo: *“[Y]o diría que la ciudadanía decida si quiere este tipo de ciudad y si quiere que Clarín, Multicanal, Cablevisión, y estos grupos de los medios de comunicación, que son monopólicos u oligopólicos, decidan sobre qué ciudad tendremos. Entonces, lo van a decidir entre tres o cuatro grupos en lugar de los 3 millones de habitantes de la Ciudad de Buenos Aires”* (p. 183).

Particular valor cabe asignar a la participación del diputado Cantero, quien, *en ejercicio de la presidencia de la Comisión de Obras Públicas*, expresó: *“Hoy estamos viendo –lo dijo claramente el diputado Schifrin– cómo un sector de empresarios defiende sus intereses, lo que es lícito. El problema se genera cuando hay sectores que deben representar a la civilidad, y solamente representan a intereses económicos. Ése es el problema de fondo. / Algún legislador dijo que en la comisión que yo presido hubo fast track, porque el tema se trató rápidamente. Y es verdad. Pero aquí tengo las copias de por qué esta cuestión se trató rápidamente. / Hay una nota presentada por seis legisladores ... de los nueve que componen la Comisión de Obras Públicas, quienes pidieron que —según el Reglamento— este expediente se tratara en 48 horas, porque debían defender rápidamente los intereses de las empresas que durante más de diez años incumplieron con lo que tenían que cumplir. Por eso, querían que ... resolviéramos en 48 horas ... un tema de la trascendencia que tiene el que estamos considerando en este momento. (...) Sin embargo, aquí el problema surge por el modo en que vamos a tratar este tema. Lo mismo pasó cuando no se habilitaron algunos asuntos sobre tablas, porque tocamos los intereses de los laboratorios, y algunas fuerzas políticas no quieren que se traten esos temas, porque no les conviene”* (ps. 189 y 190).

Posteriormente, el propio Cantero añadió: *“Honestamente, les digo que aquí estamos debatiendo algo que creo que deja inerte a la ciudad – y cuando digo “ciudad”, me refiero a los vecinos– ante los poderes económicos, que resuelven rápidamente estos asuntos y no tienen en cuenta los intereses de los vecinos. / ¿Qué se puede observar aquí? Se puede ver lo que dicen los analistas políticos: la sociedad civil vota cada dos años; los grupos económicos, todos los días”* (p. 192).

En el mismo sentido corresponde situar la renovada intervención del diputado Molina, cuando expresó: *“Los empresarios ... trabajan en la ilegalidad cuando el gobierno no controla, cuando el gobierno les permite trabajar dentro de esa ilegalidad. / El gobierno, durante 11 años, a pesar de las señales, a pesar de los avisos de Auditoría y de la Procuración General ... no ejerció su propia función, a través de su propia administración; así es que los propios empresarios tampoco van a ir a pedir que les apliquen las multas. Los mismos empresarios que acá trabajan de una manera, en otro espacio, en otro estado, con otras normas, trabajarían de otra manera. / El problema de esta Legislatura es que somos nosotros los que estamos discutiendo en qué marco legal, jurídico y político van a trabajar esos empresarios. Acá no estamos discutiendo el rol del empresariado”* (ps. 193 y 194).

Lo expuesto cobra mayor fuerza a partir de la intervención de la diputada Estenssoro, en tanto expresó: *“Creo que sería una vergüenza que esta Legislatura aprobara el despacho de mayoría. Se trata de un despacho que no defiende el interés público ni el interés general –eso es evidente–, sino que defiende el interés muy particular, como bien lo explicó el diputado Morando, de un puñado de empresarios. / Ésta es una ley con nombre y apellido [énfasis suplementado], y a mí me sorprende que este proyecto de ley ... tenga como único fin beneficiar a algunos de los empresarios más ricos de la Argentina y del mundo (...) / Me parece sorprendente que estemos tan preocupados por inversiones o gastos que tengan que hacer estas personas tan ricas, y que por eso queramos dictar una ley que, a todas luces, está en contra del interés general y en contra de la tendencia internacional, que es soterrar el cableado de empresas de cable [énfasis aportado], al igual que el de todos los otros servicios públicos que ingresan en los hogares. /... / Lo que es evidente es que en la Argentina, en esta década, estamos tratando de engañar una vez más a la sociedad; esta vez con un falso progresismo, porque esta ley que se impulsa desde el Gobierno de la Ciudad va en sintonía con el Decreto 527, que firmó el Gobierno Nacional en mayo de este año, extendiendo las licencias de radiodifusión, de televisión y de radio de las empresas de comunicación –las mismas beneficiarias y los mismos accionistas de los que estamos hablando ahora– y, de esa manera, el Poder Ejecutivo prorrogó por diez años las licencias que la dictadura dio por quince años y, después, el gobierno de Menem, por diez; y mostrando que, en realidad, parece que las cosas cambian pero, en el fondo, nada cambia*

en la Argentina” (ps. 197 y 198). Como vehículo de sus inquietudes respecto del proyecto de ley sobre el que se debatía en la Legislatura, la diputada Estenssoro propuso una solución acorde con las expectativas de legislación en un marco de racionalidad democrático: “No estamos tratando hoy un tema menor. Creo que tenemos que reflexionar al respecto. Tal vez, lo mejor sea, como se ha sugerido acá, que este despacho vuelva a comisión; que tengamos tiempo para buscar otras alternativas, dar un plazo mayor para el soterramiento o diseñar un sistema en el que haya una participación pública y privada para el soterramiento. Pero no podemos admitir este “piedra libre” para que las grandes empresas y los medios de comunicación hagan lo que quieran con la Ciudad de Buenos Aires y con la política en Buenos Aires y en la Argentina” (ps.198/199).

II.4. El dictamen pericial

A fs. 222/224, obra el dictamen de Jorge Luis Sanguinetti, ingeniero en telecomunicaciones, a quien compete dar cumplimiento a la prueba pericial ordenada en el punto 2 de la resolución del TSJ del 7/3/07, prueba que remite a tres cuestiones. El primer punto se refiere a los valores comparativos de la concreción de instalaciones aéreas con relación a las instalaciones por tendido subterráneo y/o pulmón de manzana. De conformidad con la respuesta del perito, el costo de la instalación por aire (postes) resulta significativamente menor al costo de la instalación subterránea (u\$s 43.420,54 la primera y u\$s 323.272,16 la segunda). El ingeniero Sanguinetti agregó: “Esta importante diferencia radica, que en el caso subterránea [*sic*], lleva mucho más trabajo lo que significa también un mucho mayor tiempo con un mayor uso de mano de obra, utilizando además más del doble de metros de cable coaxil, ya que hay que levantar veredas, zanjear, instalar los caños plásticos tritubo, cubrir y reparar veredas, todo en ambas veredas, como así también los cruces de calles y no como en el caso por poste, que se tira una línea aérea por una vereda y de ahí se distribuye a ambos lados de la calle” (fs. 222/223). La segunda cuestión se refiere al tiempo aproximado que insume cada una de las modalidades de instalación, si alguna de ellas insume mayor tiempo y, en su caso, el porcentaje aproximado de esa diferencia. Luego de identificar tres premisas cuya precisión resulta necesaria para esta estimación temporal comparativa (ver fs. 223/224), el perito responde: “Todos estos puntos, en el modelo subterráneo, son causa de demora y mayores costos, tiempos y costos que a veces no es posible evaluar con precisión por los muchos y diferentes actores que entran en el mismo. / En base a lo anterior, los tiempos estimados para la realización de los trabajos planteados ... están basados en una condición ideal, sin los problemas enumerados más arriba. / Tendido aéreo: 15 días / Tendido subterráneo: 120/150 días” (fs. 224). Finalmente, el perito debió informar acerca de la

conveniencia o inconveniencia, desde el punto de vista técnico, de permitir la compartición de las obras de infraestructura subterránea entre prestadores de servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión, “asumiendo que existiera capacidad ociosa en dichas redes”. A fs. 224, el perito ingeniero respondió: “No hay inconvenientes, desde el punto de vista técnico de compartir las obras de infraestructura subterránea con otros prestadores de servicios de telecomunicaciones o radiodifusión”.

Hemos señalado que, para el abordaje o la práctica del control de razonabilidad, aplicado a una acción como aquella que prevé el art. 113, inc. 2, CCBA, debemos apreciar si la justificación de la/s norma/s impugnada/s surge con evidencia no obstante el cuestionamiento que se plantea en la demanda. Frustrada la *evidencia de razonabilidad*, como, según mi estimación, sucede en el *subjudice*, para quienes debemos resolver la suerte de la acción, resulta decisivo apreciar los argumentos ofrecidos por la demandada en la contestación de rito, cuando se la inquiriere, específicamente, acerca de la razonabilidad de las normas impugnadas. Como procuré demostrarlo *supra*, en el escrito de contestación no resulta posible identificar un argumento potente, persuasivo o simplemente plausible para justificar las excepciones y cargas impuestas por los arts. 4, 14, primer párrafo y 6 *in fine* de la ley n° 1.877. La argumentación que la Procuración ofrece resulta una respuesta aceptable respecto de la elegibilidad o razonabilidad del propósito de reglamentar la provisión del servicio de televisión por cable y sus complementarios, mas ella no ofrece argumentos igualmente razonables a la hora de justificar el trato desigual impreso por los tres artículos antes mencionados. En un tercer paso, más que “interrogar al autor” del modo como lo propone el criterio intencionalista de la interpretación normativa, no hemos llegado más lejos que a apreciar el potente rechazo que la norma suscitó en una porción significativa de la Legislatura de la Ciudad, rechazo fundado en razones que se intersectan, se superponen o directamente se identifican con aquéllas mismas que en su demanda señala la parte actora. De este modo, la revisión de la sesión parlamentaria en la que la norma fue sancionada deja al intérprete —al menos, a mí en mi rol de intérprete— con una sensación de *opacidad*, puesto que —más allá de la discusión acerca del carácter de la mayoría necesaria para la aprobación del texto, que compete a las autoridades de la Legislatura decidir—, los fundamentos ofrecidos en franca resistencia a la norma ostentan una contundencia preocupante y, en lo que aquí compete señalar, no difieren en sustancia de los que en esta acción articula la actora. Los argumentos de los legisladores que se opusieron al proyecto remiten al interés de los ciudadanos, entre ellos, a los altos costos del servicio que en tanto usuarios deben costear, más elevados ellos cuando más restringida resulta ser la competencia. Los argumentos ofrecidos por la actora, profundizados algunos en la audiencia pública del

15 de agosto en el TSJ, refieren una “barrera normativa total, debido a la imposibilidad económica de competir”. Al examinar la participación del Gobierno en la referida audiencia pública, no encuentro que éste haya aportado un solo argumento nuevo tendiente a desplazar el juicio de irrazonabilidad e inconstitucionalidad de la normativa parcialmente impugnada. Finalmente, el dictamen pericial sustenta inequívocamente la impugnación de la actora, al demostrar el hiato en términos de costos y tiempos requeridos para la provisión del servicio por los sistemas de tendido aéreo y subterráneo, en razón de lo cual el último paso del test que iniciamos al evaluar el contenido de las tres reglas examinadas, test que continuamos al revisar el debate parlamentario y los argumentos y contraargumentos allí expuestos y finalizamos al meritar críticamente las respuestas del dictamen pericial, me imponen concluir que los arts. 4, 14, primer párrafo y 6 *in fine* de la ley n° 1.877, no superan exitosamente el control de razonabilidad de sus contenidos, ciertamente discriminatorios, y resultan, por lo mismo, inconstitucionales.

II.5. El argumento del carácter autofrustrante de la acción

Durante la audiencia en el TSJ, la demandada se refirió a una paradoja que derivaría del éxito de esta acción declarativa. En diversos pronunciamientos, el Tribunal abordó el tema de los efectos de una sentencia abrogatoria de las normas atacadas y su carácter posiblemente paradójico (cfr. mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles [A.D.C.] c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2490/03, resolución de 9/6/04, considerando 3; voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz *in re* “Barga, Lisandro Arturo y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 866/01, resolución del 26/12/01, considerando 6). En estos casos, la pretensión de la actora podía interpretarse, desde la hermenéutica constitucional, como inescindible de cierta incoherencia autorreferencial en tanto que, analizada la acción desde su perspectiva, su tacha de inconstitucionalidad de las normas en crisis redundaría en un planteo autofrustrante.

Ello es así por cuanto, si prospera el planteo de inconstitucionalidad impulsado, la accionante verá frustrada su pretensión sustantiva de que se le reconozca los derechos de los que se considera ilegítimamente excluida, pues las normas que reconocen tales derechos perderán vigencia. Como he manifestado en mi pronunciamiento *in re* “A.D.C. c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, oportunamente citado, “el planteo de la actora comporta (...) una paradoja: el remedio judicial demandado no parece poder satisfacer su reclamo; antes bien, lo frustra” (considerando 3, primer párrafo).

Sin embargo, no existe analogía entre aquellos casos y el *subjudice*: aquí la actora se limita a solicitar al Tribunal que éste suprima

la “desigualdad” que implica exceptuar a tres empresas de la obligación de soterrar el tendido de cables para la provisión de los servicios que examinamos. No solicita, en cambio (tampoco podría hacerlo sin pretender del Tribunal que éste “*legislara positivamente*”), la extensión a su favor de las exenciones contempladas por los arts. 4 y 14, primer párrafo y la abrogación del art. 6 *in fine* que, en su actual formulación, establece una carga para las nuevas empresas prestadoras pero no contempla la absorción o reparto del costo que aquélla implica.

Con otras palabras, “Gigacable” se despliega en contraposición con el escenario normativo que se presentaba *in re* “Barga, Lisandro Arturo y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, ya citado. Como señalara oportunamente el Sr. juez José O. Casás, no resultaba admisible entonces la pretensión de “lograr la igualdad en la ley por medio de la *ampliación del régimen que se cuestiona*” (considerando 2, primer párrafo; énfasis aportado). “[E]l Tribunal en el marco de la competencia que le asigna el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, está habilitado para ... actuar, llegado el caso, como ‘*legislador negativo*’, expurgando del orden jurídico las normas de alcance general contrarias a la Constitución nacional o de la Ciudad, pero no como ‘*legislador positivo*’ tal cual lo pretende la parte actora” (considerando 2, segundo párrafo).

En la presente acción, la paradoja no se plantea puesto que la accionante autolimita su pretensión a la supresión de aquello que considera una indebida desigualdad. Por ello, el argumento introducido por la Procuración en la audiencia pública es ineficaz e inatinerente.

III. Normativa impugnada que supera el control de razonabilidad

III.1. El art. 7 de la ley nº 1.877

Esta norma exige que el tendido subterráneo se aproveche *exclusivamente* para la prestación de “servicio de televisión por cable y servicios complementarios”. De este modo, según el criterio de la actora, queda vedado el uso de la nueva infraestructura para brindar otros servicios como telefonía o Internet, “a contramano de un fenómeno mundial de convergencia de servicios” (fs. 141 vuelta). La actora considera que esta disposición del nuevo marco regulatorio agrava el proceder contrario a derecho y torna aun más gravoso el acceso al mercado. Este efecto se produce “sin razón alguna que lo avale y contrariando toda razonabilidad y mandato o principio técnico al respecto”, de modo que el art. 7 “enerva la posibilidad de dar a las redes subterráneas que se instalen un *uso económica y técnicamente más racional*”, exigiendo que el tendido subterráneo se aproveche sólo para la prestación de ‘servicio de televisión por cable y servicios

complementarios.' Quedando vedado el uso de la infraestructura para brindar otros servicios como telefonía, Internet, etc." (fs. 47 vuelta).

La contestación de la demandada parece sustentar, claramente, la idea de una interpretación fallida de la norma en crisis por la actora. En efecto, el Gobierno es categórico al señalar que, al aludir el artículo en crisis a "servicios complementarios", esta disposición pretende hacer referencia tácita a aquéllos que se prestan a través de redes de servicio subterráneo, paradigmáticamente, los de Internet y telefonía. Asimismo, la demandada refuerza la plausibilidad de su respuesta en tanto logra demostrar que, efectivamente, en los debates que precedieron la aprobación y sanción de la ley nº 1.877, debates a los que remite, se interpretó por "servicios complementarios" las prestaciones antedichas, designándolas de manera individualizada (ver, por ej., la Versión taquigráfica Nº 53, correspondiente al Acta de la 35ª Sesión Ordinaria de la Legislatura de la Ciudad, mencionada *supra*: "Que asimismo debe extenderse la legislación vigente a fin de que abarque los servicios complementarios que se prestan a través de dichas redes, tales como Internet"; p. 171).

Quienes debemos resolver la suerte de la demanda no somos expertos en materia de servicios de televisión por cable y, por lo mismo, no tenemos por qué conocer cuál es la referencia semántica del término "complementariedad" en este contexto. Por ello, y a fin de resolver esta concreta impugnación, asumiré un punto de vista necesariamente externo. Desde esa perspectiva, me parece apreciar un reproche formulado sobre la base de un malentendido o interpretación errónea, de un lado, y una respuesta inteligible, razonable, sólida y hasta acreditada por ciertos extremos, del otro. Aun si lo segundo no fuera el caso, la actora no ha propuesto una interpretación del concepto "complementariedad" que guarde correspondencia con la tacha que efectúa. No es ocioso recordar, en el caso, que las leyes sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de una presunción de constitucionalidad (Fallos: 310: 1401; 312: 496, 809 y 851; 314: 424; 315: 1563; 319: 178; 324: 3219; 327: 1122). La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica de preferencia de la interpretación que compatibilice normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de los actores, en casos como estos, no puede ser ligera: el mero desacuerdo con el contenido de una norma, o la mera mención de su preferencia por alguna otra formulación posible, cualquiera sea su acierto eventual, están fuera del marco del control de constitucionalidad. Frente a la presunción mencionada, calificada por una respuesta aceptable por parte de la demandada, concluyo que nada puede objetarse a esta norma en términos de validez constitucional, en

razón de lo cual rechazo la acción deducida por Gigacable en cuanto a la impugnación del art. 7 de la ley nº 1.877.

III.2. El art. 14 *in fine* de la ley nº 1.877

La última parte del art. 14 dispone que “[e]n caso de que algún prestador que utilice Redes Operativas Existentes, por cualquier causa, dejara de utilizar el espacio asignado, su nivel en el sistema de columnas no podrá ser ocupado por otro prestador”.

Me parece evidente que este segmento de la disposición en crisis (impugnada *in totum*), requiere de un análisis independiente del que mereció la primera parte de esa norma, y que yo examiné —como lo impone la demanda— en conjunto con la crítica al art. 4º, inc. b. A los efectos de practicar el control de validez constitucional de este segmento del artículo cuestionado, es conveniente detenerse en la finalidad de política pública que la ley se propone promover. La finalidad principal perseguida por la ley nº 1.877 —una norma de policía, como lo expusimos reiteradamente— es la de reglamentar el modo y las condiciones en que los prestadores actuales y futuros del servicio de televisión por cable y sus prestaciones complementarias habrán de ocupar el espacio público urbano, tanto aéreo como subterráneo. El medio fundamental que identifica la ley para promover este objetivo no es otro que impedir la proliferación del “posteo” y erradicarlo en el supuesto de prestadores que no utilicen redes operativas existentes, en cuyo caso la norma dispone la prohibición de instalar esos tendidos aéreos.

Desde esta perspectiva, yo entiendo que el segmento normativo cuestionado no resulta arbitrario, irrazonable o inconstitucional. Como se desprende de su clara formulación (“algún prestador” / “otro prestador”), la consecuencia impeditiva que la disposición prevé (prohibición de ocupación por parte de un prestador del nivel en el sistema de columnas utilizado por algún otro prestador que emplee redes operativas existentes —ROE—), de cumplirse la hipótesis de hecho prevista (desocupación de estas redes), alcanzaría a cualquiera de las empresas prestadoras del servicio, con lo que se garantiza el principio de igualdad y se contribuye, desde un ángulo que implica abstención de actuar, en lugar de permiso de actuar de determinada manera (la instalación del servicio a través del soterrado de cables), a la promoción del objetivo central perseguido por la ley, al que me referí *supra*. En tal sentido, este segmento normativo está ampliamente justificado y resulta, de este modo, razonable desde el punto de vista del control de validez constitucional.

III.3. El art. 24

Objeta también la actora el art. 24 de la ley en cuanto establece que las autorizaciones para nuevos tendidos subterráneos en zonas

cubiertas por prestadores con redes operativas existentes (las tres empresas ya consolidadas en el mercado) se concederán "... siempre que la nueva cobertura del servicio sea socialmente equitativa y no resulte discriminatoria para zonas con población de menor desarrollo económico, debiendo en cualquier caso comprender en forma equilibrada la cobertura de los distritos definidos como de desarrollo prioritario (ADP) y de renovación urbana (ARU), conforme el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires". Tras una primera lectura, alejada esta norma de cualquier "sensación de inconstitucionalidad", ella impresiona, por lo contrario, por su carácter valioso, en tanto promueve bienes que, en gran medida, se superponen con aquellos en los que la actora funda sus cuestionamientos centrales.

Con estas (pocas, según dice) palabras, plantea su objeción Gigacable: "un prestador que aspire a prestar servicios en la Ciudad de Buenos Aires, deberá (i) construir en forma subterránea una red con capacidad para al menos un prestador adicional [señalamiento inatente, en tanto vuelve al debate en torno al art. 6 *in fine*, ya agotado - JBJM] y (ii) deberá realizar el tendido de su red no sólo en la zona en que libremente determine sino además en las zonas que discrecionalmente le indique el funcionario de turno. Previsiblemente, las exigencias de tendido de una red subterránea en áreas de escasa o nula rentabilidad económica implicará en los hechos que las obras no se lleven a cabo, con lo cual ni los habitantes de barrios rentables ni de los menos rentables [*sic*; la bastardilla es propia] contarán con alternativas de servicio en un caso y directamente quedarán sin servicio en el otro". La actora agrega: "El acceso a los servicios de televisión por cable por una mayor cantidad de ciudadanos es, sin dudas, un objetivo loable; pero pretender, por un lado, que un operador entrante, que aún no tiene ni un solo cliente, solvente con su patrimonio dicho fin, y permitir que los operadores ya instalados, quienes perciben desde hace años ingresos de sus miles de abonados en la Ciudad, no asuman ninguna responsabilidad u obligación en el mismo sentido, es absolutamente arbitrario y contrario a derecho" (fs. 47 vta./48).

El objetivo de esta valiosa norma resulta muy claro: se trata de desalentar en la Ciudad que el servicio de televisión por cable y prestaciones complementarias exhiba un quiebre en términos de acceso, o accesibilidad, de acuerdo con el poder adquisitivo de las personas que habitan en los distritos designados como ADP y ARU. Durante su intervención en la audiencia pública del 15 de agosto, el Sr. Fiscal General Adjunto, tomando como fuente el pensamiento de Quiroga Lavié, señaló que los servicios sobre los que versa esta acción declarativa de inconstitucionalidad *no revisten el carácter de servicios públicos*. Más allá del acierto o desacierto de la categorización propuesta por Quiroga Lavié, la crítica de la actora al art. 24 y su pretendida fundamentación resulta, cuando menos, inatente. En efecto, aquélla sugiere que en las zonas calificadas como de desarrollo prioritario y de renovación urbana, donde

habita la gente de menores recursos en la Ciudad, debe garantizarse la prestación de servicios estrictamente públicos. Estas personas merecen gozar de luz, agua y gas. Referirnos a la televisión por cable y servicios complementarios significa mutar a otra categoría de prestaciones y, en cualquier caso, esta disposición tendría un impacto negativo en la rentabilidad de su futuro negocio.

En su contestación a esta crítica, el Gobierno aborda, sin rodeos, la verdadera queja que subyace a la disposición contenida en el art. 24 y, además, aporta un argumento diferente, orientado a defender la validez constitucional de una regla que colabora con la finalidad primordial de la ley que integra, puesto que se orienta a “evitar la concentración de prestadores en determinados puntos de la Ciudad dejando desprovistos del servicio de televisión por cable y servicios complementarios a otros puntos de la misma que por tener su población un menor desarrollo económico, desalentaría a eventuales prestadores ..., provocando de esa forma diferencias sociales en el ámbito de la Ciudad” (fs. 141 vuelta). Para concluir mi examen de esta objeción, y desde la perspectiva valorativa más neutral respecto de las observaciones que anteceden, yo estimo que el art. 24 de la ley nº 1.877 promueve un principio básico en materia de planificación urbana: el desarrollo *equilibrado y armónico* de la Ciudad. Entiendo que la norma es, desde el punto de vista de su validez, incuestionable.

III.4. El art. 31, tercer párrafo

Finalmente, la actora cuestiona el tercer párrafo del art. 31. Esta norma faculta a la autoridad de aplicación a exceptuar a los tres prestadores actualmente en actividad de la exigencia impuesta en el primer párrafo del art. 31, a saber: la presentación de un certificado de vigencia y funcionamiento regular de sus emisiones en el ámbito de la CABA, expedido por el COMFER. Es cierto que, en un primer análisis, esta disposición parece lesionar el derecho de igualdad ante la ley de modo igualmente ostensible e injustificado, como en los contenidos de los arts. 4 y 14 (en su párrafo complementario del primero). La demandada responde que la excepción de la exigencia de presentación del certificado de vigencia y funcionamiento regular de sus emisiones ante la autoridad de aplicación —excepción que, efectivamente, beneficia a los prestadores ya establecidos en el mercado— obedece a que, a la fecha de la sanción de la ley, aquéllos cumplen un servicio, a saber: “...las emisiones de la señal Ciudad Abierta, dependiente de la Subsecretaría de Medios del Gobierno de la Ciudad” (fs. 141 vta./142). En consecuencia, considero que: a) la respuesta contenida en la contestación de la demanda es razonable y, a diferencia de las réplicas a las primeras impugnaciones tratadas en mi voto, *este argumento constituye una respuesta*; b) la actora tuvo la oportunidad de corregir, desplazar argumentativamente y hasta

refutar la contestación de la demandada durante la audiencia pública, y no lo hizo; y c) como ya lo he sugerido genéricamente, si existe una duda en cuanto a la vinculación de la excepción (o la desigualdad) prevista en el art. 31, tercer párrafo, de la ley nº 1.877, y la emisión de la programación de Ciudad Abierta, la duda debe resolverse en favor de la constitucionalidad de la norma, dada la presunción de validez de esa índole de que aquélla goza.

IV. Por las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar parcialmente a la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida en autos y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 4, inc. b, en tanto enuncia “*y cuando concurriera el supuesto previsto en el art. 14 de la presente ley*”, 14, primer párrafo y 6 *in fine* de la ley nº 1.877, al resultar lesivos del derecho a la igualdad ante la ley (arts. 16 CN y 11 CCBA), fundamento básico en que sustentó mi opinión. En cuanto a las restantes impugnaciones deducidas, propicio el rechazo de la acción. Las costas del juicio deben imponerse en el orden causado (art. 25, ley nº 402).

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás dijeron:

1. En la presente acción declarativa se impugna la validez constitucional de los artículos 4, 6 *in fine*, 7, 14, 24 y 31 3º párrafo de la ley local nº 1.877, regulatoria de la instalación de redes de televisión por cable y servicios complementarios.

Las citadas disposiciones son atacadas bajo la alegación de establecer un trato diferenciado entre las empresas que ya se encuentran operando el servicio de TV por cable y todo el resto de potenciales interesados en hacerlo (en detrimento de estas últimas), lo cual —a criterio de la parte impugnante— violenta los principios constitucionales de igualdad ante la ley (art. 16, CN y 11, CCABA); de propiedad (arts. 14 y 17, CN); de los consumidores (arts. 42, CN y 46 y 48, CCABA) y a la pluralidad de las transmisiones (art. 47 CCABA).

2. Tal como ha sido presentada la cuestión para su análisis de constitucionalidad, cabe puntualizar que el fundamento del planteo impugnatorio reposa en forma central sobre la afectación del principio de igualdad, en este caso la igualdad frente a la regulación que dispone la operativa de la prestación de los servicios de transmisión de televisión por cable. Los restantes principios invocados, se encuentran inescindiblemente conectados con esta cuestión principal, es decir derivan y remiten a ella en mayor o menor medida. En especial, se

destaca que el alegado trato desigualitario importa una discriminación que violenta el derecho a trabajar y a ejercer una industria lícita (art. 14, CN).

En virtud de ello, la cuestión a dilucidar en estas actuaciones consiste en establecer si las diferencias para operar que se establecen en los distintos artículos de la ley n° 1.877 se encuentran justificadas en orden a los objetivos que persigue la norma o si, por el contrario, constituyen un ejercicio irrazonable de las atribuciones conferidas a los poderes políticos para delinear la regulación de una actividad que para ser prestada requiere, ineludiblemente, de la utilización del espacio público.

3. En reiteradas ocasiones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado acerca de las notas que caracterizan el principio de igualdad a partir de la elaboración de parámetros interpretativos de la cláusula del art. 16 de la Constitución Nacional.

Así, ha sostenido el Alto Tribunal, que “el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social” (*Fallos*: 16:118), aun cuando “(l)a garantía de igualdad consagrada por el art. 16 de la Constitución Nacional no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable” (*Fallos*: 299:181; 300:194, 1049, 1087; 301:1185; 302:192; 305:823; 310:849, 943, 1080; 311:1451, 2781; 312:840, entre muchos otros).

Sin embargo, el principio de la igualdad jurídica relativa no es autosuficiente, sino que debe ser complementado con otro principio, el de razonabilidad, legitimador de toda disposición jurídica. Bajo esta regla, se entiende que es posible para el legislador crear categorías, grupos o clasificaciones que impongan un trato diferente, pero el criterio de la distinción deberá ser “razonable”, es decir, fundado en pautas objetivas que mantengan correspondencia con la finalidad perseguida por la norma.

Frente a la impugnación constitucional de una norma por violación al principio de igualdad es necesario establecer cuál es el nivel de intensidad del escrutinio que resulta aplicable al caso, circunstancia que se deriva normalmente del criterio de distinción que expresa la disposición atacada. En este caso, no existe motivo para apartarse del análisis de razonabilidad simple que consiste en ponderar la adecuación de los medios al fin constitucionalmente permitido, bastando, para superar el

examen que la solución propuesta por el legislador no sea considerada irracional. La existencia de otros medios plausibles o deseables no obsta a la validez constitucional de la norma atacada.

Además, no es tarea de los jueces pronunciarse acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las reglamentaciones que implementan los poderes legislativo y administrador, pues ello violentaría el principio de la división de poderes. Sólo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el test de razonabilidad de los medios previstos en la legislación y su reglamentación respectiva. Se debe ponderar, entonces, el grado de adecuación entre ellos y la finalidad perseguida.

4. Impugnación de los arts. 4, 14, primer párrafo, y 6 *in fine* de la ley n° 1.877

4.1. Abordaremos conjuntamente las impugnaciones referidas a los artículos 4, 14, primer párrafo, y 6 *in fine* de la ley n° 1.877, pues se constata una estrecha relación entre los preceptos mencionados. En efecto, su sentido y alcance debe determinarse a partir de una interpretación sistemática de las normas en juego. Como ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación los textos legales no deben ser considerados a los efectos de establecer su sentido y alcance aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquéllos (*Fallos*: 320:783) y la función judicial no se agota con el examen de la letra de los preceptos legales aplicables al caso, sino que incluye el deber de precisarlos en su alcance, con arreglo a su origen y propósito, mediante una interpretación razonable y sistemática, en conexión y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico (*Fallos*: 322:875).

Desde esta perspectiva, las impugnaciones efectuadas por Gigacable SA a los arts. 4, 14, primer párrafo, y 6 *in fine* de la ley citada conforman, por su temática, un grupo de objeciones que ha de tratarse en forma conjunta por su vinculación.

Corresponde, sin embargo, destacar que la impugnación al art. 4 de la ley n° 1.877 formulada en este caso por Gigacable SA, desde nuestro punto de vista —y tal como lo señala el Sr. Fiscal General Adjunto en su dictamen—, en realidad, no se dirige al cuestionamiento de la integridad del precepto mencionado, sino que se refiere únicamente a la desigualdad de trato que se deriva específicamente de la última parte del inc. b) del apuntado precepto correlacionado con el primer párrafo del art. 14.

Dispone al respecto la citada ley:

Artículo 4° - La instalación de infraestructuras de redes HFC deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación y sólo procederá:

- a. Por tendido subterráneo y/o por pulmón de manzana en toda la ciudad;*
- b. Por tendido aéreo sobre columna metálica en arterias ubicadas en la Zona 2 del Anexo I y cuando concurriera el supuesto previsto en el artículo 14 de la presente ley.*

Se prohíbe la instalación de tendidos aéreos sobre postes de madera y columnas de alumbrado público en todo el ámbito de la ciudad.

Tal como puede advertirse, el inc. b) remite al primer párrafo de otro artículo, el 14, que, en su parte pertinente, dice:

Artículo 14 - La asignación del uso de la infraestructura basada en el sistema de columna metálica se otorgará a aquellos tres (3) prestadores que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio, al 31 de diciembre de 2004.

Según lo manifiesta la parte actora, el problema concreto se presenta con relación a lo dispuesto para la Zona 2 (toda la Ciudad con excepción del centro y el casco histórico, que conforman la Zona 1) ya que el inc. a) del artículo dispone que la instalación de redes de HFC “sólo procederá por tendido subterráneo y/o por pulmón de manzana en toda la Ciudad”, mientras que el inc. b) excluye de tal disposición — en la citada zona residual— a las prestadoras “que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio...”, es decir las tres ya existentes en el mercado.

Por su parte y con respecto a la canalización subterránea de los cables (ductos) el art. 6° *in fine* dispone:

Artículo 6° - Más allá de los casos de reconversión previstos en la presente ley, los prestadores del servicio de televisión por cable deberán proceder al retiro, remoción, traslado o acondicionamiento de sus instalaciones cuando así lo disponga la autoridad de aplicación por resolución fundada en la ejecución de obras públicas que resulten afectadas o en la racionalización de instalaciones, en los plazos y forma que fije la reglamentación de la presente ley, quedando a cargo de dichos prestadores todos los gastos que ello implique, sin derecho a reclamo o indemnización de ningún tipo.

Cuando, en coincidencia con instalaciones existentes de tendidos de redes aéreas, se ejecuten instalaciones bajo metodología subterránea por parte de otros prestadores debidamente autorizados, éstos deberán prever en el proyecto constructivo de la obra a aprobar la instalación subterránea de los ductos necesarios para soterrar las redes aéreas existentes en el área.

4.2. A la luz del análisis de las normas transcriptas surge, con evidencia, una diferencia de trato y de carga económica entre los actuales prestadores del servicio y los eventuales futuros interesados en hacerlo.

Tal como lo sostienen en el punto II.1 de su voto el Sr. Juez de trámite, Dr. Julio B.J. Maier, y el Sr. Fiscal General Adjunto en su

dictamen, en la Zona 2 (que abarca la mayor parte del territorio de la Ciudad), la instalación de redes podrá efectuarse mediante distintos sistemas: subterráneo (modalidad más onerosa); por pulmón de manzana y/o aéreo sobre columna metálica (modalidad menos onerosa).

Pero la ley ha dispuesto que el tendido aéreo sobre columna metálica queda reservado a los tres prestadores que al 31 de diciembre existían en plaza (que son los mismos que hoy existen en plaza).

En efecto, la interpretación sistemática de los arts. 4 inc. b) y 14 primer párrafo, entonces, consagran una desigualdad de trato con los prestadores que deseen ingresar al mercado con posterioridad al 31 de diciembre de 2004.

Así, la falta de equivalencia (en abstracto) de las condiciones en que cada uno de estos dos grupos ha de prestar el servicio de transmisión por cable aparecen palmarias y sin justificación objetiva que emane, al menos, de la lectura de las disposiciones como una derivación lógica de su causa.

Efectuado este primer análisis del juicio de adecuación entre medios y fines, es posible advertir que la ley n° 1.877, ostenta, en este aspecto, un defecto propio de las leyes que suelen cuestionarse en relación con el principio de igualdad: resulta infracomprendiva, es decir abarca “menos que lo necesario” para cumplir eficientemente su objetivo. En nuestro caso, claramente deja fuera de la clasificación a empresas que debieron ser incluídas en la misma si nos atenemos al fin perseguido por la norma en estudio.

La parte actora logra, entonces, a partir del cotejo internormativo que impone la acción declarativa de inconstitucionalidad, desvirtuar la presunción de razonabilidad entre fines y medios toda vez que no existe explicitación alguna de las premisas de las que parte la ley para justificar la distinción que consagra.

4.3 Corresponde entonces analizar la defensa efectuada desde el Gobierno de la Ciudad respecto de esta normativa puesta en crisis por Gigacable SA.

En su contestación de demanda el Gobierno pone énfasis en destacar las atribuciones que derivan del ejercicio del poder de policía que se encuentra a su cargo, la defensa del espacio público y brinda razones de seguridad, estética y preservación del patrimonio histórico de la Ciudad. Tales fines u objetivos no están en discusión en este proceso y nadie ha pretendido en el juicio negar o discutir las potestades de la Administración al respecto.

Puesto a defender la diferencia de tratamiento entre las empresas prestadoras del servicio en la actualidad y las potenciales nuevas prestadoras, el Gobierno sostiene que no tiene lógica permitir a las nuevas prestadoras del servicio la infraestructura aérea cuando lo que se pretende es erradicar de manera paulatina el cableado aéreo por medio

de posteo y columnas metálicas. Lo que no se comprende es por qué razón, en orden a tal fin, la norma regulatoria sí se lo permite a quienes ya se encuentran haciéndolo desde hace años.

Tampoco del debate que precedió la sanción de la ley n° 1.877 surge una razón objetiva y razonable que justifique la desigualdad que se constata del estudio de los artículos atacados. En efecto, de la versión taquigráfica del debate legislativo de la ley 1.877 se desprende que la ley no fue discutida por artículos y que no se ponderaron las disposiciones técnicas u operativas allí prescriptas sino que, por el contrario, la discusión legislativa transitó por el carril de la decisión política.

En suma, ni en la contestación de demanda, ni en el debate legislativo, ni en la audiencia pública que a fin de debatir la cuestión fue llevada a cabo en este Tribunal en cumplimiento a lo dispuesto por el art. 6 de la ley n° 402, se ha expuesto una razón o motivo justificante de la distinta regulación prevista para cada una de las categorías de empresas alcanzadas por la normativa.

Por ello, en lo que respecta a la última parte del art. 4 inc. b) y al art. 14, primer párrafo, la única conclusión posible es que las disposiciones impugnadas carecen de la necesaria razonabilidad que permita sostener su validez frente a los principios constitucionales garantizados en los arts. 14 y 16, CN y 11, CCABA y en los pactos y tratados internacionales que integran ambas constituciones.

Cabe consignar, por lo demás, que lo que aquí se resuelve no incide sobre la vigencia del art. 11 de la ley n° 1.877 que prevé que el sistema de columna metálica para las redes existentes operativas puede soportar hasta tres (3) prestadores del servicio, quedando estos operadores obligados a hacer uso común de dichas infraestructuras.

4.4. Distinta es nuestra visión en lo que respecta a las tachas dirigidas contra el art. 6 *in fine* de la ley n° 1.877.

En efecto, una lectura posible del precepto, interpretado de manera sistemática con el conjunto del ordenamiento jurídico aplicable en la especie, permite concluir que el legislador no se ha ocupado de determinar *a priori* y con carácter general quién o quiénes deberá/n afrontar las relevantes erogaciones que importará la adopción del método subterráneo para el tendido de los ductos en todos aquellos casos en los cuales los nuevos prestadores decidan ingresar al mercado en zonas en las que ya existen redes aéreas. Queda claro que el nuevo prestador deberá ejecutar la obra bajo la metodología subterránea y prever además en el proyecto constructivo que los ductos deberán ser capaces de alojar a las restantes redes aéreas existentes en el área. Pero no más que eso. En consecuencia, interpretada la norma en un contexto respetuoso de las reglas que rigen el modelo de Estado de Derecho que ha adoptado la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que entre otros valores primordiales persigue la observancia de la regla de desarrollo con

equidad, cf. arts. 10, 18 y 47, CCABA), no resulta posible presumir una suerte de convalidación tácita y genérica del principio del enriquecimiento sin causa para arribar a continuación a la declaración de invalidez de una ley que, en principio, goza de la presunción de validez propia de todo acto estatal. Ya se ha sostenido desde antiguo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una medida de extrema gravedad, *ultima ratio* del orden jurídico (doctrina de *Fallos*: 249:51; 264:364; 315:923; 319:3148; 322:842, entre muchos otros).

Cabe enfatizar que no resultan objetables las razones por las cuales se ha decidido implementar un sistema del estilo impuesto, pues la finalidad perseguida es valiosa y no es otra que la adecuada tutela del ambiente en general y del espacio público en particular. Resultaría a todas luces irrazonable pretender que cada vez que una empresa desee ingresar al mercado en una zona determinada deba construir su propia red subterránea cuando ya existe una, destruyendo el espacio público una y otra vez para montar ductos, uno al lado del otro, en el terreno subterráneo de la Ciudad. Lo que aquí simplemente se pone de resalto es que una lectura prudente y sistemática de la norma objetada no permite afirmar que el legislador haya dispuesto que sólo el nuevo prestador tiene obligación de asumir en forma exclusiva los costos de infraestructura del soterrado que, en definitiva, deberá compartir con el prestador ya existente que poseía redes aéreas y debe adoptar en forma paulatina la nueva modalidad de tendido.

En suma, el confronto entre la norma impugnada y las disposiciones constitucionales que se alegan violentadas, no permite concluir que la última parte del art. 6° de la ley n° 1.877 contraría principios o garantías establecidos en la ley suprema local o nacional, ni que violente el principio de razonabilidad tutelado por los arts. 28 CN y 10 CABA.

5. Impugnación de los arts. 7, 24 y 31 de la ley n° 1.877

5.1. La impugnación de la actora al art. 7° de la Ley 1877 no puede prosperar puesto que, tal como lo advierten en su voto el juez preopinante, Dr. Julio B.J. Maier y en su dictamen el Sr. Fiscal General Adjunto, no existe al respecto un verdadero cuestionamiento sino una desinteligencia acerca de su alcance.

La norma atacada dispone:

Artículo 7° - El tendido subterráneo de redes deberá servir en forma exclusiva a la prestación del servicio de televisión por cable y servicios complementarios.

La parte actora cuestiona la disposición por su falta de racionalidad al vedar el uso de la infraestructura subterránea a construirse para otros destinos que utilizan similares tecnologías, como internet o telefonía.

Aclarado por la demandada que, precisamente, a este tipo de servicios se refiere el artículo 7° cuando utiliza la expresión “servicios complementarios”, no parece subsistir ninguna cuestión que deba ser debatida dentro del marco de esta acción declarativa de inconstitucionalidad.

5.2. El artículo 24 de la ley n° 1877 es un ejemplo típico de disposición relativa a la planificación urbana y entraña una decisión de política legislativa que tiende a igualar el desarrollo de las redes de transmisión en todas las zonas de la Ciudad con prescindencia del caudal económico de su población y con el fin de que el beneficio que se presta a través de estas redes llegue por igual a usuarios de distintas áreas poblacionales.

Artículo 24 - Las autorizaciones para nuevos tendidos subterráneos y/o por pulmón de manzana de redes HFC, en zonas cubiertas por prestadores con Redes Operativas Existentes, serán concedidas siempre que la nueva cobertura del servicio sea socialmente equitativa y no resulte discriminatoria para zonas con población de menor desarrollo económico, debiendo en cualquier caso comprender en forma equilibrada la cobertura de los distritos definidos como de "desarrollo prioritario" (ADP) y de "renovación urbana" (ARU), conforme el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 449, sus modificatorias y complementarias).

Aun cuando la actora se encuentra en su derecho de no compartir las decisiones de planificación urbana dispuestas en la ley, lo cierto es que no existe argumentación de su parte que permita considerar objetable la norma desde el punto de vista constitucional.

Ello es suficiente para descartar la procedencia de esta acción en este punto desde que la diagramación de las políticas públicas y la valoración de las necesidades generales de la población son atribuciones de los poderes legislativo y ejecutivo que se corresponden con decisiones políticas sobre las cuales no corresponde expedirse al Poder Judicial, que sólo puede pronunciarse sobre cuestiones de legitimidad.

5.3. Por último, cuestiona la actora el art. 31 de la ley regulatoria, pues, a su juicio, entraña una diferencia de trato entre los actuales prestadores de los servicios de Televisión por cable y los potenciales futuros prestadores del mismo servicio.

Dispone este artículo que:

Artículo 31 - Dentro del plazo improrrogable de treinta días corridos de entrada en vigencia de la presente ley, los licenciatarios de servicios de televisión por cable que se encuentren comprendidos en las previsiones de sus normas, deberán presentar ante la autoridad de aplicación una certificación de vigencia y funcionamiento regular de sus emisiones en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, expedida por el Comité Federal de Radiodifusión. El incumplimiento de esta obligación determinará la caducidad automática de las autorizaciones que les hubieren sido otorgadas.

El cumplimiento de esta obligación lo será sin perjuicio de las demás que impone esta ley y las que resulten de su reglamentación.

Facúltase a la autoridad de aplicación a exceptuar del presente requisito a aquellos prestadores que a la fecha de la sanción del presente se encuentren efectivamente cumpliendo con las emisiones de la señal Ciudad Abierta, dependiente de la Subsecretaría de Medios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

La facultad de la autoridad de aplicación de exceptuar a las empresas que ya se encuentran prestando el servicio encuentra su fundamento en la misma norma: la misma autoridad de aplicación puede haber requerido —en función de que estas empresas transmiten las emisiones de la señal local Ciudad Abierta— con anterioridad y con motivo de acreditar la regularidad de las prestadoras para estas transmisiones de la señal pública, la misma documentación. En función de ello no puede considerarse irrazonable que no se encuentren obligadas a hacerlo nuevamente.

De tal manera, y sin perjuicio de que ello es una facultad que también puede ser dejada sin efecto en caso de estimarse conveniente, no se advierte que la mencionada disposición afecte alguna de las garantías constitucionales establecidas a nivel nacional o local desde que se trata de una mera norma de poder de policía destinada a verificar el funcionamiento regular de las emisiones dentro de la órbita de la Ciudad de Buenos Aires.

6. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la acción deducida y declarar la inconstitucionalidad del inciso b) del art. 4 de la ley n° 1.877 en el segmento que dice: ***“y cuando concurriera el supuesto previsto en el art. 14 de la presente ley”*** y del primer párrafo del art. 14 de la ley citada.

Así lo votamos.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Gigacable S.A cuestiona la validez constitucional de los arts. 4, 6 *in fine*, 7, 14, 24 y 31 tercer párrafo de la ley 1877. Según la actora “el esquema regulatorio definido por la nueva ley, impone a todos quienes no se encuentren comprendidos dentro de las tres compañías beneficiarias, es decir las prestadoras preexistentes a las que se permite el cableado aéreo, la obligación, en la Zona 2, de instalar sus redes solamente por vía subterránea o por pulmón de manzana” (fs. 50) en desmedro de situaciones tuteladas por la garantía de igualdad. En tal sentido, explica que la normativa impugnada se dirige al exclusivo beneficio de los tres prestadores del servicio de televisión por cable preexistente a quienes favorece con la posibilidad de continuar en la mayor parte de la Ciudad (Zona 2) con redes aéreas (...) sólo a ellos (...) la normativa en cuestión

les asigna la posibilidad de optar por tal medio de instalación o por el cableado subterráneo// En contrapartida, todo el universo de prestadores de TV cable —actuales o potenciales— ajenos a la privilegiada triada, sólo contarán con habilitación para hacerlo por el sistema más gravoso// Se produce del modo expuesto una discriminación írrita al mandato constitucional de igualdad ante la ley antes referido, el que no encuentra justificación alguna y se aparta de un obrar razonable del Estado// En efecto, no existen razones fundadas que pudieran abonar la asimetría del trato normativo dispensado, resultando evidente que lo que se pretende es el solo beneficio de un grupo de empresas” (fs. 50 vuelta). El sistema cuestionado, a criterio de la accionante, también vulnera el derecho de propiedad en tanto el art. 6 *in fine* “establece la obligación para los pretensos entrantes al mercado de prever, en el proyecto constructivo (...) la instalación de ductos suficientes para alojar las redes aéreas existentes en el lugar, es decir, las redes de los prestadores que ya se encuentran dando el servicio” lo que implica una “mayor inversión inicial (...) que, por su magnitud (...) podría resultar (...) inaccesible para los ‘nuevos’ operadores” (fs. 52). Todo ello redundaría, según propugna la demanda, en perjuicio “del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita (artículo 14 CN)” y de las garantías acordadas a favor de los usuarios, las que propenden a la defensa de la competencia (arts. 42 de la CN y 46 y 48 de la CCBA), así como de la obligación asumida por la Ciudad de velar “para que no sea interferida la pluralidad de emisores y medios de comunicación, sin exclusiones ni discriminación alguna” (art. 47 CCBA, fs. 53 vuelta/54).

El GCBA contestó demanda sosteniendo que “[l]a ley N° 1877 es una norma de policía, que reglamenta (...) el modo y las condiciones en que los prestadores actuales y futuros del servicio de televisión por cable y servicios complementarios habrán de ocupar el espacio público urbano, tanto aéreo como subterráneo” en razón del interés público comprometido, “en particular, en materia de seguridad y defensa del espacio público atento las condiciones de infraestructura que son necesarias para brindar el mismo”. Explicó también que carecería “de toda lógica y razonabilidad que si el objetivo de la Ley 1877 es erradicar el posteo, el tendido aéreo y las columnas metálicas, permita la utilización de este tipo de infraestructura a quienes pretenden irrumpir en el mercado para prestar el servicio de televisión por cable y servicios complementarios, ya que de ese modo es evidente que jamás se lograría la finalidad buscada a través de la norma de que se trata// Simplemente y superada en parte la situación económica que les impidió cumplir con la reconversión prevista por la Ordenanza N° 48.899, se les otorga un plazo razonable para la adecuación de sus instalaciones” (fs. 137/144).

En cuanto a la validez del art. 6 *in fine*, señala que sería incongruente “un texto que permitiera en una zona en donde existen tendidos de redes aéreas cuya eliminación debe producirse en los plazos

al efecto previstos en la normativa y un nuevo prestador debe realizar el tendido mediante la instalación subterránea, que la capacidad de los ductos se reduzca a ese sólo prestador y que más adelante el prestador existente en la zona tenga que colocar otros para soterrar sus instalaciones” con “la obligada consecuencia de que las calles de la Ciudad no sólo fuesen desmontadas innumerables veces con el consiguiente gasto económico que implica volver las aceras a su estado anterior sino y fundamentalmente que el subsuelo se colme de tuberías que se suman a las de otros servicios como gas, electricidad y agua ya existentes” (fs. 141).

2. La vinculación que existe entre las disposiciones atacadas aconseja analizar los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 4, 6 in fine y 14 en primer término, para abordar en una segunda etapa las demás objeciones (arts. 7, 24 y 31 tercer párrafo). El primer grupo de los preceptos cuestionados dispone:

“Artículo 4°- La instalación de infraestructuras de redes HFC deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación y sólo procederá:

“a. Por tendido subterráneo y/o por pulmón de manzana en toda la ciudad;

“b. Por tendido aéreo sobre columna metálica en arterias ubicadas en la Zona 2 del Anexo I y cuando concurriera el supuesto previsto en el artículo 14 de la presente ley.

“Se prohíbe la instalación de tendidos aéreos sobre postes de madera y columnas de alumbrado público en todo el ámbito de la ciudad.

(...)

“Artículo 6° - Más allá de los casos de reconversión previstos en la presente ley, los prestadores del servicio de televisión por cable deberán proceder al retiro, remoción, traslado o acondicionamiento de sus instalaciones cuando así lo disponga la autoridad de aplicación por resolución fundada en la ejecución de obras públicas que resulten afectadas o en la racionalización de instalaciones, en los plazos y forma que fije la reglamentación de la presente ley, quedando a cargo de dichos prestadores todos los gastos que ello implique, sin derecho a reclamo o indemnización de ningún tipo.

“Cuando, en coincidencia con instalaciones existentes de tendidos de redes aéreas, se ejecuten instalaciones bajo metodología subterránea por parte de otros prestadores debidamente autorizados, éstos deberán prever en el proyecto constructivo de la obra a aprobar la instalación subterránea de los ductos necesarios para soterrar las redes aéreas existentes en el área.

(...)

“Artículo 14 - La asignación del uso de la infraestructura basada en el sistema de columna metálica se otorgará a aquellos tres (3) prestadores que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio, al 31 de diciembre de 2004.

“Dichos prestadores mantendrán las redes aéreas denunciadas como Redes Existentes Operativas conforme lo previsto en el art. 2°.

“En el caso de que algún prestador que utilice Redes Operativas Existentes, por cualquier causa, dejara de utilizar el espacio asignado, su nivel en el sistema de columnas no podrá ser ocupado por otro prestador”.

La demanda exige confrontar el modo en que la ley impugnada regula el uso del espacio público, así como la forma en la que el sistema legal asigna los costos de infraestructura requeridos para prestar el servicio de televisión por cable con sus complementarios, a la luz de las objeciones constitucionales formuladas con base en las garantías previstas por los arts. 16, 17 y 14 de la CN y 11, 12 inc. 5, 46, 47 y 48 de la CCBA. A ese fin, partiendo de un examen del régimen de instalación de redes HFC corresponderá establecer si, por sus consecuencias, constituye una barrera de hecho al acceso de nuevos prestadores al mercado. El análisis, además, ha de contemplar los términos específicos en los que ha quedado planteado el debate en estas actuaciones y las características propias que el cauce procesal elegido por la accionante proyecta en relación con el control que el Tribunal puede ejercer en el marco del proceso abstracto regulado por el art. 113, inc. 2, de la CCBA.

3.A) El régimen de la ley 1877

La ley 1877 regula la instalación de redes HFC afectadas a la prestación de servicios de televisión por cable y servicios

complementarios. El régimen allí establecido modifica las condiciones de uso del espacio público urbano, tanto aéreo como subterráneo.

En tal sentido, la instalación de redes HFC requiere autorización previa de la autoridad de aplicación y sólo procederá (i) por tendido subterráneo y/o pulmón de manzana o (ii) por tendido aéreo sobre columna metálica (art. 4). Esta última modalidad está prohibida en la zona I (casco histórico / micro centro) y permitida en la zona II (resto de la ciudad, art. 4, inc. b y art. 10), con las características de excepción descriptas seguidamente. Así, el sistema (i) constituye la regla y el (ii) la excepción. Por su parte, el uso de la infraestructura basada en el uso de tendido aéreo sobre columna metálica única está exclusivamente permitido para “aquellos tres (3) prestadores que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio, al 31 de diciembre de 2004” (art. 14 ley 1877). Entre ellos, según la ley, será prestador más antiguo “el titular de una licencia otorgada por autoridad nacional competente para operar servicios complementarios de radiodifusión de televisión por cable que, poseyendo una Red Existente Operativa, hubiera sido el primero en comenzar a prestar en forma efectiva el servicio en la cuadra de que se trate” (art. 2). Estos prestadores deberán reconvertir la red operativa existente al sistema de única infraestructura por cuadra sobre columna metálica en una proporción del 6,50% anual, con el objetivo de que dentro de los 12 meses, a partir de la entrada en vigencia de la reglamentación pertinente, se retiren todos los tendidos aéreos y columnas metálicas existentes en el sector de microcentro y Casco Histórico de la Ciudad. A su vez, dentro de los 36 meses, computados del mismo modo, también se deberán reconvertir al esquema de única infraestructura por cuadra sobre columna metálica todos los tendidos aéreos existentes en la Zona 2 definida en el Anexo I de la ley (art. 13). Finalmente, para lo que ahora importa, cuando en una zona concurrieran dos o más redes operativas existentes, la unificación se producirá en la infraestructura que cumpla con las condiciones técnicas y administrativas del sistema de columna metálica; si ninguno reuniera tales características la unificación se deberá producir en la infraestructura que utilice el prestador más antiguo, según el criterio definido en el art. 2 de la ley.

El nuevo esquema contiene algunas restricciones absolutas, otras parciales así como la obligación de reconvertir infraestructura existente de modo escalonado. Esto supone, entonces, la existencia de un régimen de transición previo a alcanzar aquel otro que la normativa establece como meta. El objetivo orientado a reemplazar el sistema de tendido aéreo por el subterráneo y/o pulmón de manzana no está cuestionado en autos. Resulta indisputable que, por diversos motivos, vinculados con la seguridad, la protección del medio ambiente, el urbanismo y la incorporación de nuevas tecnologías, por mencionar algunos, la normativa cuestionada persigue una legítima meta de interés público. De todos modos y sin perjuicio de ello, cabe recordar que, indudablemente, la

igualdad no solamente puede ser vulnerada por la discriminación injustificada instalada por el legislador en el lenguaje mismo de la ley sino también cuando los efectos de ella pesan de un modo premeditada e inaceptablemente diferente sobre distintos sujetos, y aun por una aplicación administrativa que discrimine sistemáticamente. Es conocida la doctrina americana que distingue entre inconstitucionalidades patentes que proviene del texto expreso de la ley (*on its face*)¹, y aquellas otras que surgen de su propósito y efecto (*on its purpose and effect*)² o de su aplicación (*on its application*)³ [cf. Alberto F. Garay, “La igualdad ante la ley – Decisiones administrativas contradictorias, Decisiones judiciales contradictorias, Desigualdad Procesal”, pag. 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989]. En línea con ello, tengo dicho que, por regla, excede las posibilidades de la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113. inc. 2 CCBA) la impugnación de un enunciado normativo válido aplicado, empero, desvío de poder mediante, a través de prácticas administrativas sistemáticas ilegítimas⁴.

Por su parte, al contestar demanda el propio GCBA sostiene que lo prescripto por el art. 14 de la ley “no implica evitarle a los prestadores que utilicen Redes Operativas Existentes en franca desventaja respecto de los nuevos operadores, a que mantengan dichas columnas metálicas por siempre (...) y ello surge palmariamente de los artículos: 10; 11; 12 y 13 de la norma en cuestión// simplemente (...) se les otorga un plazo razonable para la adecuación de sus instalaciones” (fs. 140 vuelta). En tal sentido, indica que la imposibilidad de ocupación del espacio aéreo

¹ Strauder vs. West Virginia, 100 U.S 303 (1879).

² Harper vs. Virginia State Board of Elections, 383 U.S 663 (1966).

³ Yick Wo vs. Hopkins, 118 U.S 356 (1886).

⁴ Al votar *in re* “Gullco, Hernán Víctor c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 4929/06, sentencia del 14/2/07, señale que: “La utilización de una práctica de esa especie por parte de la Administración, ciertamente, no deriva directamente de la normativa aludida, aun cuando tampoco sea evitada por ella, que atiende a otros fines cuya legitimidad no está cuestionada. En realidad, la maniobra cuya posibilidad persigue evitar provendría, en todo caso, de su incumplimiento, o si se quiere de un cumplimiento desvío de poder mediante, porque el carácter directo de la contratación no se fundaría, por ejemplo, en la urgencia real sino en la búsqueda de obtener mayor libertad de selección y emplearla para imponer algún control sobre los contenidos de la información difundida por los medios de prensa seleccionados, a fin de acomodarlos a las apetencias del Gobierno// Toda vez que los cuestionamientos se dirigen contra una práctica atribuida a la administración, originada en una desinterpretación que ella haría de la ley —acerca de cuya efectiva ocurrencia no existe aporte probatorio— no hay suficientes razones para admitir el cauce procesal previsto por el art. 113 inc. 2 CCBA, destinado a depurar el ordenamiento jurídico de normas generales inconstitucionales. El control constitucional con efectos *erga omnes* no muestra aptitud para solucionar cualquier problema —por real que sea— nacido de comportamientos ilegítimos de la administración. Ante los efectos particulares que ellos normalmente provocan, podrá buscarse tutela en los procesos que el legislador creó reglamentando la competencia que el art. 106 CCBA atribuye a los jueces”.

abandonado por alguno de los prestadores a que alude el art. 14, que alcanza por igual a los prestadores preexistentes y a los nuevos, demuestra que el precepto no consagra “ningún tipo de discriminación y por tanto tampoco se verían afectados los derechos constitucionales que invoca” Gigacable S.A. Postula, por tanto, que “no se busca impedir que los nuevos prestadores ocupen el tendido aéreo que ha sido dejado, **sino que ninguno de los prestadores lo haga**” (fs. 141).

En el contexto reseñado, la ley pone en evidencia ciertos presupuestos que informan el régimen bajo estudio y brindan el marco dentro del que deberá discurrir el debate de autos. Primero, no es dudoso que el sistema propende a lograr la instalación de redes subterráneas o por pulmón de manzana en reemplazo de los tendidos aéreos, por eso dispone que los canales previstos en las obras de soterrado deberán tener capacidad para albergar las redes áreas existentes en la zona de que se trate. En este esquema el cableado aéreo y el subterráneo no están destinados a convivir, antes bien la reconversión instada por la norma lleva a la eliminación de las redes operativas existentes definidas en el art. 2, inc. b, de la ley. Precisamente por ello, cuando uno de los prestadores que las utilizan abandonara el nivel asignado queda prohibida su ocupación por otro prestador (art. 14 segundo párrafo ley 1877). Segundo, asumida la meta de eliminar el cableado aéreo resulta indisputable que la nueva infraestructura exigirá inversión cuyo costo, solventado, como principio, por los prestadores, resultaría, para ellos, neutral, si las erogaciones requeridas para hacerlo mediante esa conexión subterránea quedaran difundidas entre todos los que concurrieran a prestar el servicio, sea que la utilicen o no, aunque, ciertamente, con la posibilidad o el deber de hacerlo, solución que posibilita y hasta parece inspirar el art. 6 de la ley 1877. Tercero, si la normativa impugnada define el límite de tolerancia admitido para el uso del espacio público con tendidos aéreos en la cantidad de tres operadores habilitados, debería mostrarse que la admisión de un cuarto prestador no conlleva perjuicio sensible para el dominio público afectado.

Establecido el modo en que queda diseñado el sistema de redes afectadas a la prestación del servicio de TV por cable en la ley 1877, así como los presupuestos que lo estructuran, corresponde avanzar en el análisis de las objeciones formuladas en la demanda para desarrollar cada uno de los segmentos aquí enunciados al abordar el capítulo pertinente que así lo requiera.

3.B) Costos de Infraestructura

3.b.1. La prestación del servicio de televisión por cable exclusivamente mediante tendido subterráneo y/o por pulmón de manzana conlleva un relevante costo de infraestructura. En la demanda, Gigacable S.A, sostiene que la normativa impugnada impone “una carga

económica desmesurada a todo quien pretenda prestar el servicio de TV por cable” pues, para lo que ahora interesa, “el art. 6 *in fine* establece la obligación, para los pretensos entrantes al mercado de prever, en el proyecto constructivo que encararen, la instalación de ductos suficientes para alojar las redes aéreas existentes en el lugar” sin que a ello “pueda oponerse que la compartición de infraestructura, luego de realizada la obra, lo es a título oneroso” extremo que, según indica, “tampoco surge de la norma” (fs. 52). Ciertamente, la argumentación de la actora alumbró un punto delicado del régimen instituido por la ley 1877. Como principio, un nuevo prestador debería afrontar, por imperio del art. 6, el costo de soterrar su propia línea y aun el plus, estimado por el perito en un 10%, necesario para dar oportunidad de incluir a los prestadores autorizados en razón de su mayor antigüedad a tender sus cables por aire. Ese costo pesará, según todo parece indicar, sobre un solo prestador, el primero que soterre, porque la ley, razonablemente, propende a que un solo conducto posibilite soterrar numerosos cables. Parece inevitable que esto ocurra así, ya fuere que quien hubiera solventado ese conducto hubiera sido el primer prestador (uno de los que actualmente aprovecha el aire) o cualquiera posterior. Son las circunstancias y no la ley las que impulsan a poner la obra a cargo de uno, antiguo o nuevo. Pero, la ley no impide que ese costo se difunda entre todos aquellos que aprovechen la obra. Tampoco obliga a que, una vez existente el conducto subterráneo, los prestadores primeros deban emplearlo. Eso resultará de la aplicación que la Administración haga de las facultades que le brinda el ya aludido art. 6. En verdad, si existiere un conducto subterráneo son muchas las razones jurídicas que imponen como solución obligar a que todos lo aprovechen. A su vez, el GCBA está en condiciones de disponer que ese aprovechamiento conlleve el deber de compensar el empleo de la mejora. De todo ello se sigue que la desigualdad no es tanto una consecuencia de la ley sino de un modo de aplicarla que, por ahora, es conjetural. El silencio de la norma por imperativo de reglas hermenéuticas adoptadas por la CSJN debe ser llenado del modo que ponga al texto legislativo en armonía con el constitucional (Fallos: 255:192; 263:63; 267:478; 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460, 302:1600; 312:111 entre otros). En autos, ello se logrará en tanto la aplicación de la ley suponga imponer a todos los prestadores una igual condición de operación, soterrado como principio, a partir del momento en que exista un primer prestador que sea obligado a soterrar y, además, difundir el costo total de la obra, y no solamente el plus que dicho primer soterrador deba agregar al que sería necesario para su propia conexión a fin de cumplir con lo que manda el art. 6 de la ley. No parece ésta la solución del art. 1.11, Anexo I, del decreto n° 208/2007⁵; pero, dicha norma no ha sido impugnada, por lo

⁵ Decreto 208/2007, Anexo I, art. 1.11 “De las AUTORIZACIONES POR ZONA para tendido Subterráneo // (...) Una vez aprobada la documentación se emitirá el acto administrativo específico de la Obra. La administración tendrá la facultad de incluir en la

que no corresponde examinarla. Los límites señalados provienen, por una parte, del art. 17 de la Constitución Nacional y, por la otra, del 16, y sus correlativos de la CCBA.

Frente a la inexistencia de un texto incluido en la ley 1877 que de modo expreso consagre una violación constitucional como la analizada, y ante la legítima finalidad perseguida por el régimen legal impugnado, es doctrina recibida aquella según la cual corresponde privilegiar la interpretación que pone al texto legal en armonía con las cláusulas constitucionales por sobre aquella otra que, sin garantizar el conjunto de derechos constitucionales en juego, los neutraliza a todos en desmedro de intereses públicos y privados (v. jurisprudencia CSJN *supra* citada). Visto con las categorías elaboradas por la jurisprudencia norteamericana a que me referí más arriba, no se trata de una desigualdad que sea una consecuencia inevitable de la ley sino una que resultaría de su aplicación, oportunidad en la cual la Administración podrá asegurar un tratamiento respetuoso de la igualdad o apartarse de él. Será ésa, pues, la ocasión de obtener el control que en ésta aparece como prematuro.

3.b.2. La opción a favor del enunciado normativo constitucionalmente válido que contiene el precepto analizado (art. 6 *in fine*) ciertamente nada predica en relación con la idoneidad del mecanismo seleccionado por el legislador para lograr la consecución del interés público perseguido. La convicción en torno a la existencia de otros modos más eficientes para alcanzar la meta legislativa, sin embargo, no permite a los jueces reemplazar los criterios del legislador con los propios pues su misión no es legislar. En cambio, compete al poder judicial asegurar la supremacía constitucional que, en la situación bajo examen, por los motivos ya indicados no se encuentra comprometida. Ello, por lo menos, en el ámbito del control de constitucionalidad abstracto requerido en la demanda.

3.C) Igualdad ante la ley

3.c.1. En un pronunciamiento reciente señalé, en relación con la garantía de igualdad y, para lo que aquí resulta relevante, que “El poder legislativo, órgano encargado de expresar la voluntad general, adopta válidamente compromisos, instrumentados como leyes, cuando esos compromisos pesan por igual sobre todos los integrantes de la sociedad, que es la generalidad cuya voluntad formada por mayoría surte como fuente del compromiso. Esta idea, aparece impecablemente expuesta por

obra proveyendo a su costo, la cantidad de ductos necesarios que resulten como diferencia entre los aprobados y el número de cuatro en total. Las instalaciones resultantes con materiales provistos por la Administración serán propiedad del GCBA, quedando a su cargo el cierre de obras de soterrado” (BOCBA nº 2623 del 9/2/07).

Rousseau, tanto en el *Émile* como en el *Contrato Social*⁶: no constituye sino la extensión a un grupo del consentimiento personal sobre cuya base fundamos la doctrina del contrato o la autonomía kantiana, esta última desarrollada con posterioridad a los trabajos de Rousseau pero a propósito de una idea que presumiblemente formaba parte de las convicciones de la época. Para que el compromiso pueda ser asumido por el grupo, tiene que ser unánime o, mitigación que posibilita el desarrollo de la vida social y la existencia misma del estado, adoptado por mayoría pero recayendo sobre todos por igual o, por lo menos, no liberando a los que votan favorablemente o a sus representados. En otras palabras, y para lo que aquí importa, la legitimación de las leyes reposa en su generalidad, en el hecho de que alcancen a todos los integrantes de la comunidad o bien que los excluidos de las cargas no sean los componentes de la mayoría que las depositan en quienes, componiendo una minoría, se oponen, o, en su caso, los beneficiarios de una ventaja no la hayan instituido separando injustificadamente de ella a un grupo minoritario. Sintéticamente, su ilegitimidad derivaría de imponer obligaciones o brindar beneficios sólo a algunos entre los iguales. Claramente, en esta última hipótesis, desaparecería aquel consentimiento general que preside el pacto social y se presume reeditado frente a cada norma al momento de exigir su cumplimiento. La garantía de igualdad asegura que, vigente el estado de derecho, la distribución de las cargas será la que deriva del consenso de sus miembros y no de aquello que deciden imponer a algunos —pocos o muchos pero no a todos— las eventuales mayorías con poder de decisión. Con visión retrospectiva, para conformar la garantía de igualdad, las normas deberían haber podido ser aceptadas por sus destinatarios bajo el pacto original de acatar exclusivamente reglas generales, aun sin saber al momento de su emisión en cuál de las categorías postulables quedarían incorporados en los supuestos particulares, por cuanto aquel compromiso primigenio impondría el deber de dispensar, necesariamente, un trato respetuoso de la garantía de igualdad” (cf. mi voto *in re* “Urbano, Antonio c/ GCBA s/

⁶« À l'instant que le peuple considère en particulier un ou plusieurs de ses membres, le peuple se divise. Il se forme entre le tout et sa partie une relation qui en fait deux êtres séparés, dont la partie est l'un, et le tout moins cette partie est l'autre. Mais le tout moins une partie n'est pas le tout ; tant que ce rapport subsiste il n'y a donc plus de tout, mais deux parties inégales. Au contraire quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même, et s'il se forme un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors l'objet sur lequel on statue est général, et la volonté qui statue est aussi générale. » (*Émile ou De l'éducation*, livre V, en http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/emile/emile_de_education_5.pdf, al 24/10/2007 pag. 97) y *Contrat social*, livre II *passim* y especialmente capítulos III, VIII, IX y X.

acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 4973/06, sentencia del 6/11/07).

Sentado ello, y en orden a establecer la existencia de situaciones tuteladas por la garantía de igualdad desconocidas por la normativa cuestionada, no podrán quedar soslayadas las características del sistema implementado por la ley 1877, resultando imperativo conjugar las categorías en que el régimen divide a los prestadores y la tecnología que en materia de infraestructura les permite utilizar, bajo ciertas condiciones, a cada grupo.

Gigacable S.A sostiene que otorgar sólo a los prestadores preexistentes la posibilidad de optar entre mantener la instalación de redes aéreas o elegir el cableado subterráneo concreta una discriminación írrita, arbitraria y por tanto inconstitucional (fs. 50). Expresamente señala que superadas las apariencias, la norma “se dirige al exclusivo beneficio de los tres prestadores del servicio de televisión por cable preexistentes” (fs. 50 vuelta). Postula, entonces, que el art. 4 combinado con el 14 (1ero. y 2do. párrafo) al reducir la cantidad de prestadores que podrán mantener redes operativas existentes para convertirlas al sistema de única infraestructura por cuadro sobre columna metálica, no persigue otro objetivo que conceder un privilegio ilegítimo a los únicos tres prestadores que operan servicios de televisión en la CABA, que identifica como Multicanal, Cablevisión y Telecentro (fs. 45 vuelta y 48).

Las relaciones susceptibles de ser examinadas a la luz de la garantía de igualdad son estas: (i) relaciones entre tres únicos prestadores preexistentes y operadores que aspiran ingresar al mercado de usuarios de TV cable de la CABA;⁷ (ii) relaciones entre más de tres prestadores preexistentes y operadores que aspiran ingresar al mercado de usuarios de TV cable de la CABA. La demanda se ocupa centralmente del supuesto (i) aunque, de modo tangencial, también alude a la hipótesis (ii).

3.c.2. En relación con la primera, el escrito de inicio no deja dudas en torno a la posición de la actora según la cual en la Ciudad sólo tres prestadores operan licencias de TV por cable, y a que, precisamente por ese motivo, la norma limita a tal número la cantidad de operadores que podrán mantener tendidos aéreos (fs. 45/56). El escenario así delineado aparece, en el debate de autos por lo menos, confirmado por el GCBA, que de modo conteste identifica a los mismos tres operadores que la actora (fs. 140). Este extremo, justamente, llevó a que las partes acordaran tener por cumplida la prueba informativa orientada a acreditar

⁷ La circunstancia de que el art. 2 de la ley 1877 identifique a los tres más antiguos por cuadro y no en el territorio completo de la Ciudad daría la posibilidad de que hubiera más de un subconjunto de prestadores más antiguos alcanzados por el régimen. Sin embargo, no han sido aportadas pruebas al respecto y la actora siempre ha referido a tres únicos en toda la Ciudad.

el punto al estimar satisfactorios y suficientes a los documentos ya agregados al expediente (fs. 184/186 resolución del 7/3/07). Sin embargo, en tal contexto, la argumentación de la actora resulta inconducente a la hora de mostrar menoscabo de la igualdad. La existencia de sólo tres operadores de licencia de TV por cable con anterioridad a la fecha prevista en la ley 1877 y la autorización para que igual número de prestadores utilice tendidos aéreos transitoriamente (recuérdese lo dicho *supra* acerca del efecto del soterrado de uno respecto de la posibilidad de mantener infraestructura de columna metálica única por los primitivos operadores, ver punto 3.A de este voto), sin que se aporten otros elementos de valoración, sólo muestra que históricamente se toleró la ocupación del espacio aéreo público con tal alcance. Por encima de ese nivel el uso no habría estado permitido sin que pueda asumirse que la limitación no estuviera vinculada, por ejemplo, con cuestiones ambientales o urbanísticas (v. art. 8 de la Ordenanza 48.899). Este criterio, antes que arbitrario, también podría leerse como inspirado en la voluntad de no generar mayores costos para quienes reciben el servicio, habiendo sido evaluado probablemente cuál podría haber sido el impacto de una exigencia de soterrado inmediato sobre dicho servicio. El terreno de una evaluación tal se inscribe, por opinable que resulte la solución escogida, dentro del ámbito de competencias atribuidas al poder legislativo sin que el control encomendado al judicial, en este supuesto por la vía del art. 113 inc. 2 de la CCBA, deleve la existencia de una única opción constitucionalmente válida que pueda prevalecer sobre la elección legislativa para evitar la conculcación de derechos consagrados por la Constitución Nacional y la de la CABA.

En efecto, el tendido de redes subterráneas exige una cuantiosa inversión. También, en verdad, el instalado sobre columna metálica, pero, considerablemente menor, según surge del peritaje obrante en autos (fs. 222/224). Aún la solución propiciada en la demanda asume este dato, aunque la carga sólo parecería adecuada, según su enfoque, si recayera sobre los prestadores preexistentes que ya han obtenido réditos del negocio. También en esa hipótesis jugarían las reglas enunciadas en el punto 3.b.1 para distribuir los costos entre los operadores beneficiarios, aunque en este supuesto solventados con aportes complementarios que recaerían sobre los nuevos prestadores. Aceptado ello, vale recordar que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de leyes, en general, principio que reconoce un supuesto particularmente justificado cuando se trata de definir el modo de utilización del espacio público en beneficio de actividades de interés igualmente público como la comunicación y difusión de ideas a través de medios de prensa (art. 47 de la CCBA). La actora no demanda, ni podría hacerlo en este ámbito, en pos del respeto de un contrato o su reparación pecuniaria. En tal contexto, no existe derecho a exigir idéntico trato al que reciben los prestadores preexistentes. Como contrapartida tampoco existirían fundamentos que

permitan al juez compeler al legislador, sentencia constitucional mediante, a formular tal reconocimiento. La igualdad no aparece comprometida pues, ausentes otros datos y dada la finalidad legítima que persigue la norma (abandonar el tendido aéreo a favor del subterráneo o por pulmón de manzana), la autorización para mantener tendidos aéreos de modo transitorio (hasta que se inicie el soterrado) es constitucionalmente tolerable. Inversamente, si se perpetuara el sistema de transición, el permiso de uso del espacio aéreo debería otorgarse de acuerdo a reglas que garanticen la concurrencia y la igualdad entre todos los aspirantes a prestar el servicio de TV por cable y sus complementarios. De todos modos, nuevamente, la posibilidad de imaginar incentivos de mayor eficacia, no permite derivar de mandatos constitucionales obligaciones específicas destinadas al legislador como correlato de garantías acordadas sin más restricción por los constituyentes en la Carta Magna⁸.

Para resumir las aristas involucradas en el escenario *supra* identificado como (i) “relaciones entre tres únicos prestadores preexistentes y operadores que aspiran ingresar al mercado de usuarios de TV cable de la CABA”, vale señalar que el costo por cambio de infraestructura siempre existe y quien lo afronta debe ser compensado adecuadamente; no existe mandato constitucional que permita modificar una elección legislativa posible para lograr una finalidad pública legítima. Finalmente, es válida como expresión de la voluntad general aquella que impone una carga o excluye de un beneficio al grupo que pretende incorporarse a una actividad en condiciones en las que por motivos no arbitrarios (vgr. seguridad, medio ambiente etc.) los requisitos de acceso se modifican. Retomando el esquema de Rousseau con la impronta aportada por la filosofía kantiana es legítimo asumir como consentida aquella norma que superado el umbral de tolerancia dado para determinado uso del espacio público (piénsese por ejemplo en el caso de industrias contaminantes) impone nuevos requisitos para su

⁸ Me parece útil señalar que la circunstancia de que la ley 1877 exija a quienes conservan momentáneamente derecho a mantener los tendidos aéreos la paulatina conversión a columna metálica de sus soportes sugiere que el legislador asumió que dichos soportes serían aprovechables durante algún tiempo relacionado con su amortización o, lo que es lo mismo, que el soterrado no llegaría hasta pasado algún tiempo. En verdad, la hipótesis podría estar explicada, al menos parcialmente, por la duración de una obra semejante. Ello, empero, no se traduce en una disposición específica de la ley, por lo que todo indica que la apertura de conductos subterráneos impondría a los inversores en columna metálica absorber automáticamente la parte de ellas aún no amortizada al tiempo en que el soterrado las convierte en no susceptibles de empleo. Más aun, el propio art. 6 de la ley contempla el deber del prestador que ha solventado la columna de soportar el costo de retirarla en los casos en que la Administración así lo dispone en ejercicio de las atribuciones previstas en la citada norma.

aprovechamiento al tiempo que reparte entre todos los protagonistas los costos involucrados.

3.c.3. Por su parte, de modo tangencial según señalé, la demanda insinúa objeciones relativas a posibles desigualdades entre más de tres prestadores preexistentes y operadores que aspiran ingresar al mercado de usuarios de TV por cable de la CABA vulneradas por la ley 1877. En esa línea, Gigacable S.A sostiene que el hecho de que el “(...) artículo 14 circunscribe la habilitación de tendido aéreo sobre columna metálica **‘aquellos tres (3) prestadores que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio, al 31 de diciembre de 2004’**, constituye una fenomenal muestra de arbitrariedad y discriminación, dirigida —no puede ser de otra manera— a favorecer y consolidar a los únicos tres prestadores de servicios de televisión por cable que actualmente se encuentran operando, en claro desmedro del universo de potenciales competidores —actuales o futuros licenciarios— en la prestación del servicio de que se trata, los que, imposibilitados de contar con similares habilitaciones, verían encarecido su acceso a dicho mercado a punto de tornarlo, en la práctica, ilusorio” (fs. 47, sin subrayar en el original).

En este escenario, la garantía de la igualdad quedaría conculcada por cuanto la ley otorgaría un beneficio a los tres primeros licenciarios que niega a los restantes cuando, según la actora, todos integran una categoría única en identidad de condiciones. El *test* de igualdad, conforme ya fuera señalado, exige establecer si existen razones válidas para presumir que los excluidos (vgr. el cuarto operador que acredite menor antigüedad que otros tres en la efectiva prestación del servicio al 31/12/04) consentirían su segregación como parte del compromiso que abarca el contrato social y supone acatar los mandatos que, de modo uniforme, establece el órgano depositario de la voluntad general (cf. mi voto *in re* “Urbano...” ya citado).

La ley 1877 recorta dentro del universo de prestadores del servicio de televisión por cable, reales o posibles, estas tres categorías relevantes, a saber: a) los tres más antiguos entre los que en cada cuadra prestaban el servicio al día 31/12/2004 (arts. 2, 14 y 15); b) aquellos otros que, hubieran estado prestando el servicio al día 31/12/04, pero no fueran los tres más antiguos (art. 14) y c) los que lo hubieren hecho a partir de dicha fecha.

A diferencia de la nacionalidad, el credo o el género que fulguran en textos expresos en la Constitución —art. 11 CCBA—, las que ha discernido en el caso de la ley 1877 no son de por sí objetables sin un previo examen de los fines que las informan y las consecuencias que proyectan cada una de las personas que en ellas se encuadra. En el supuesto analizado, y más allá del debate que suscitó en la legislatura la ley, se advierte que es intención del legislador: a) no incrementar los

tendidos de cables por aire, a cuyo fin el art. 4, inc. a, impone los tendidos subterráneos en la zona céntrica indicada en el Anexo I; b) reconducir los cableados actuales en la zona del Anexo II a la columna metálica compartida entre los tres primeros proveedores de cada cuadra y c) hacerlo progresivamente. Es indudable, y ello no ha sido disputado en esta acción, conforme ya quedó señalado, que hacer que los cables estén soterrados constituye una finalidad legítima de la ley. A su turno, las categorías diseñadas por el legislador para concretar de modo escalonado el objetivo de eliminar el tendido aéreo y reemplazarlo por redes subterráneas o por pulmón de manzana, no aparecen como discriminatorias. En el esquema legal, los prestadores quedan agrupados por la antigüedad que ostentan en la prestación del servicio por cuadra. El parámetro usado para agrupar a los prestadores, recorta el universo de operadores, a partir de un dato que no se identifica de modo necesario con los prestadores más antiguos en términos absolutos. Este diseño, escrutado en el ámbito del control abstracto propio de la acción intentada, no resulta inadmisibles a la luz de las Constituciones de la Nación y de la Ciudad. Ello así, porque, por lo menos en el plano teórico, acuerda beneficios e impone cargas al universo de prestadores de un modo uniforme para grupos definidos según datos objetivos. En tales condiciones, y sin otros parámetros que autoricen presumir la organización de un régimen para vedar el acceso de nuevos operadores de televisión por cable al mercado, sería inadecuado utilizar el control abstracto para anticipar un juicio sobre el punto. Recordemos, según quedó dicho en el punto 3.b.1 de este voto, que el gasto de soterrado es inevitable y también lo es la necesidad de difundir el costo entre los operadores cualquiera sea de entre ellos quien inicie las obras (vgr. prestador más antiguo o prestador entrante). El debate constitucional planteado en este proceso no debería concentrarse en analizar en cuál operador depositar la iniciativa, opción que formuló el legislador en un ámbito que por regla le corresponde, sino en comprobar que las consecuencias de esa elección, en abstracto, no vulneran derechos y garantías acordados por la Constitución Nacional y por la CCBA.

Las particularidades del cauce procesal elegido por la actora hacen que, el confronto entre las normas generales emanadas de autoridades de la Ciudad, y las reglas constitucionales nacionales y/o locales, deba operar en abstracto; esto es, sobre la base de las categorizaciones tal como las formula el legislador. La posibilidad de que ese control abstracto abarque hipótesis de aplicación susceptibles de comprometer garantías constitucionales es conjetural y, en el supuesto de ocurrir efectivamente, el control quedaría referido a situaciones concretas —de reducido número— que ya existirían al tiempo de este pronunciamiento y resultan por sus características ajenas al ámbito de la acción articulada por Gigacable S.A (cf. mi voto en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA sobre acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n°

3881/05, sentencia del 1573/06 , punto II, 1 y “Gullco...” ya citada). En tales condiciones, el remedio para ellas, si efectivamente existieran, sería el control difuso.

En otras palabras, si al 31/12/04 existían más de tres operadores en el mercado —extremo no acreditado ni debatido suficientemente en autos— los derechos subjetivos eventualmente comprometidos, excederían, el control de constitucionalidad abstracto. Se trata, entonces, de distinguir la invocación de la igualdad en el plano abstracto, de una invocación que conduzca al análisis y reconocimiento de situaciones jurídicas individuales cuya protección, por regla, compete a sus titulares. Por último, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas europeos de control concentrado, la CCBA adoptó un sistema judicial mixto que, en las condiciones reseñadas, impide reconducir la resolución de las causas a las que refiere el art. 106 a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

3.c.4. El resultado al que arribo en los puntos anteriores, en relación con la garantía de igualdad, supone haber abordado el tema, según había adelantado, a partir de los planteos efectivamente formulados en estas actuaciones, los que, por cierto, no agotan el tema. El debate propuesto por las partes se ocupó de objetar y defender las limitaciones impuestas al uso del espacio público para obtener una sentencia que decidiera si ellas respetaban la igualdad de trato que aseguran la Constitución Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires. La comprobación de que el régimen legal permite otorgar, en el plano teórico, un trato respetuoso de la igualdad aun cuando restringe la cantidad de operadores que podrán utilizar tendidos aéreos, conduce a mantener la validez del sistema. En cambio, la racionalidad técnica de la restricción a tres no vino discutida, ni obra en autos prueba que permita analizar el punto. La posibilidad de admitir más operadores, o de establecer cuántos de ellos podrían usar cableado aéreo, sin ocasionar una afectación sensible del ambiente, excede el ámbito de este juicio. De todos modos, aunque pudiera sostenerse que permitir el uso de redes aéreas a otros operadores, sin el límite estipulado en el régimen de la ley 1877, vendría a garantizar la igualdad de trato entre los prestadores, también provocaría la frustración de una finalidad legítima perseguida por la normativa impugnada, sin que las objeciones constitucionales formuladas impusieran la necesidad de preservar la igualdad, con la extensión indicada, por sobre otros derechos de idéntico rango que la ley 1877 (y en verdad también la Constitución Nacional y la CCBA) intenta tutelar (medio ambiente, seguridad, etc.). En otras palabras, proteger la igualdad entre los prestadores en desmedro, por ejemplo, del medio ambiente y la seguridad, sin demostración sería de las repercusiones que tendría la utilización irrestricta del cableado aéreo, antes que alinear la ley con un

mandato constitucional, supone dirimir, sobre bases inciertas, una hipótesis de tensión entre derechos acordados por la CN y la CCBA.

4. Establecido lo anterior resta analizar las objeciones constitucionales formuladas en torno a los arts. 7, art. 24 y 31 de la ley 1877. Tales normas establecen:

“Artículo 7° - El tendido subterráneo de redes deberá servir en forma exclusiva a la prestación del servicio de televisión por cable y servicios complementarios.

“Artículo 24 - Las autorizaciones para nuevos tendidos subterráneos y/o por pulmón de manzana de redes HFC, en zonas cubiertas por prestadores con Redes Operativas Existentes, serán concedidas siempre que la nueva cobertura del servicio sea socialmente equitativa y no resulte discriminatoria para zonas con población de menor desarrollo económico, debiendo en cualquier caso comprender en forma equilibrada la cobertura de los distritos definidos como de "desarrollo prioritario" (ADP) y de "renovación urbana" (ARU), conforme el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 449, sus modificatorias y complementarias).

“Artículo 31 - Dentro del plazo improrrogable de treinta días corridos de entrada en vigencia de la presente ley, los licenciatarios de servicios de televisión por cable que se encuentren comprendidos en las previsiones de sus normas, deberán presentar ante la autoridad de aplicación una certificación de vigencia y funcionamiento regular de sus emisiones en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, expedida por el Comité Federal de Radiodifusión. El incumplimiento de esta obligación determinará la caducidad automática de las autorizaciones que les hubieren sido otorgadas.

“El cumplimiento de esta obligación lo será sin perjuicio de las demás que impone esta ley y las que resulten de su reglamentación.

“Facúltase a la autoridad de aplicación a exceptuar del presente requisito a aquellos prestadores que a la fecha de la sanción del presente se encuentren efectivamente cumpliendo con las emisiones de la señal Ciudad Abierta, dependiente de la Subsecretaría de Medios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

5. En cuanto a la utilización del tendido subterráneo para la prestación exclusiva del servicio de televisión por cable, conforme las

aclaraciones brindadas por el GCBA (fs. 141 vuelta) y las consideraciones que surgen del debate parlamentario, el conflicto invocado en la demanda no subsiste. Por ello, adhiero a la solución que para el tema propicia el Dr. Maier en el punto III.1 de su voto.

6. La actora también impugna el modo mediante el cual la ley busca lograr una cobertura socialmente equitativa del servicio de televisión por cable que incluya zonas de menor desarrollo económico (art. 24 de la ley 1877). En tal sentido señala que “un prestador que aspire a prestar servicios en la Ciudad de Buenos Aires, deberá (...) construir en forma subterránea una red con capacidad para al menos un prestador adicional (...) y realizar el tendido de red no sólo en la zona en que libremente determine sino además en las zonas que discrecionalmente le indique el funcionario de turno. Previsiblemente, las exigencias de tendido subterráneo en áreas de escasa o nula rentabilidad económica implicará en los hechos que las obras no se llevarán a cabo, con lo cual ni los habitantes de los barrios rentables ni de los menos rentables contarán con alternativas de servicio en un caso y directamente quedarán sin servicio en el otro// El acceso a los servicios de televisión por cable por una mayor cantidad de ciudadanos es, sin dudas, un objetivo loable; pero pretender, por un lado, que un operador entrante, que aún no tiene ni un solo cliente, solvente con su patrimonio dicho fin, y permitir que los operadores ya instalados, quienes perciben desde hace años ingresos de sus miles de abonados en la Ciudad, no asuman ninguna responsabilidad u obligación en el mismo sentido, es absolutamente arbitrario y contrario a derecho” (fs. 47 vuelta/48).

En rigor, la legitimidad del precepto no viene cuestionada por la finalidad que persigue sino, antes bien, por el modo en que la actora asume será interpretado y aplicado. El art. 24 dispone que las autorizaciones para operar en zonas cubiertas por prestadores con Redes Operativas Existentes (tendido aéreo, régimen de transición) serán concedidas a los nuevos aspirantes “siempre que la nueva cobertura del servicio sea socialmente equitativa y no resulte discriminatoria para zonas con población de menor desarrollo económico, debiendo en cualquier caso comprender en forma equilibrada la cobertura de los distritos definidos como de ‘desarrollo prioritario’ (ADP) y de ‘renovación urbana’, conforme el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 449, sus modificatorias y complementarias)”. Este precepto permite más de una interpretación y deberá prevalecer aquella que, dentro del sistema regulado por la ley 1877, respete los derechos y garantías que acuerdan la Constitución Nacional y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sus destinatarios.

Al describir el nuevo sistema de instalación de redes de HFC el legislador previó un régimen de transición (infraestructura única por cuadra en columna metálica) que quedará reemplazado por el de tendido

subterráneo y/o por pulmón de manzana. Precisamente, en el sistema legal, la autorización para soterrar otorgada a uno constituye un paso apto para conducir a la inclusión del prestador preexistente en el conducto y obligarlo, en los términos ya analizados (ver punto 3.A de este voto), a abandonar el tendido aéreo. Ese es el modo en que la ley instrumenta la reconversión sin que aquí se discuta la legitimidad de la finalidad perseguida, ni la idoneidad del mecanismo seleccionado. Ello así, una interpretación armónica de la ley que no ponga en pugna sus partes, de modo que el significado asignado a un precepto anule lo dispuesto en otro en desmedro de la vigencia del sistema legal diseñado para la prestación del servicio de TV por cable, impedirá utilizar el art. 24 de la ley 1877 para vedar el acceso de nuevos prestadores al mercado porque la propia ley propende a eliminar el tendido aéreo a favor del soterrado o conexión por pulmón de manzana, precisamente por iniciativa de nuevos prestadores. A su vez, delimitado el alcance válido atribuible a la normativa analizada resta señalar que el desarrollo socialmente equitativo del servicio en cuestión incumbe a todos los prestadores o, por lo menos, sus consecuencias deben ser distribuidas entre todos los operadores del sistema.

Nuevamente, conforme fuera señalado en el punto 3.b.2 de este voto, la opción a favor del enunciado normativo constitucionalmente válido que contiene el precepto analizado (art. 24) ciertamente nada podría predicar en relación con la idoneidad del mecanismo seleccionado por el legislador para lograr la consecución del interés público perseguido.

7. La tacha dirigida contra el art. 31 de la ley 1877, según el cual los prestadores preexistentes del servicio quedarían exceptuados de la obligación de presentar certificado de vigencia de la licencia del COMFER, deber que entonces pesaría sólo sobre los nuevos licenciatarios, soslaya, como indica en su dictamen el Sr. Fiscal General adjunto, dos cuestiones. Por una parte, el planteo de la actora omite brindar motivos para concluir que la prescindencia del certificado no queda justificada, precisamente, por el hecho de que los actuales prestadores están cumpliendo con las emisiones de la señal Ciudad Abierta, por lo que la autoridad de aplicación está en conocimiento pleno de la vigencia de la licencia. Por otra, la facultad otorgada a la autoridad de aplicación no excluye la posibilidad de que los funcionarios competentes exijan, a los operadores de las redes preexistentes, la presentación del certificado en cuestión en caso de creerlo necesario (v. dictamen fs. 155).

La garantía de igualdad aparece invocada, nuevamente sin aportar los elementos indispensables para mostrar que el precepto impugnado crea una carga (o excluye de un beneficio) para un grupo conformado arbitrariamente. En efecto, Gigacable S.A omite dar algún argumento que permita sostener que los nuevos prestadores, para operar, deben cumplir por imperio del art. 31 de la ley 1877, condiciones de licencia más

exigentes que el resto con el objeto de vedar su ingreso al mercado de las telecomunicaciones. Extremo que probablemente impediría asumir su anuencia en el punto (cf. mi voto *in re* “Urbano ...” ya citado).

8. Aunque Gigacable S.A invoca que la normativa impugnada conculca la protección acordada, en al ámbito nacional y local, a favor de consumidores y usuarios, el debate producido en autos no demuestra cómo la ley impugnada provocaría una distorsión del mercado contra las que funciona el bloque de garantías previstas en los arts. 42 de la CN y 46 y 48 de la CCBA. En realidad, la propia accionante había aclarado en su demanda que no era objeto del pleito confrontar la validez de la ley 1877 con las reglas constitucionales que mandan controlar los monopolios (fs. 46).

Por último, rechazada la posibilidad de declarar en este proceso la inconstitucionalidad de la ley impugnada por resultar ella lesiva del derecho de propiedad e igualdad, la invocación de los arts. 14 de la CN y 47 de la CCBA tampoco logró quedar conectada de modo eficaz con los reproches que la actora formuló contra la validez del régimen establecido por la ley 1877, concretamente aquellos vinculados con la articulación de un régimen legal dirigido a vedar el acceso de nuevos prestadores al mercado de la TV por cable. La obligación constitucional de velar “para que no sea interferida la pluralidad de emisores y medios de comunicación” orientada a proteger a los usuarios, de estar comprometida, por un lado, elevaría el potencial número de afectados (art. 47 CCBA), extremo que configura una hipótesis distinta de la contemplada en el punto 3.c.3 *in fine*, relativa al eventual compromiso de derechos subjetivos individuales ajenos al ámbito de este pleito, y que por eso no pueden ser invocados para relacionar el art. 47 de la CCBA con la impugnación que formula Gigacable S.A a la ley 1877. Por otro, incorporaría al debate un capítulo que no trajeron las partes y tiene que ver con las posibles tensiones de derechos en juego, si la validez del cupo establecido para utilizar tendidos aéreos se juzgara en función de la protección del ambiente o la seguridad, pero atendiendo también al derecho de los usuarios de contar con un régimen legal que no interfiera con la pluralidad de emisores y medios de comunicación. Las objeciones de la actora, empero, no refieren a estos temas.

Colofón

La modificación de las condiciones bajo las cuales el estado permite el uso del espacio público no permite invocar derechos adquiridos que justifiquen mantener la vigencia de regímenes perimidos. En cambio, las reglas que gobiernan el derecho de propiedad sí imponen acordar, frente al silencio normativo, una interpretación legal que asegure el respeto de la garantía particular en juego.

El modo en que quedó planteado el debate desarrollado en estas actuaciones, la forma en la que fue invocada la garantía de la igualdad y las características que dan fisonomía al proceso del art. 113 inc. 2 de la CCBA impiden arribar a una sentencia que declare la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por violación de las garantías previstas en los arts. 14, 16, 17 y 42 de la CN y 11, 12 inc. 5, 46 y 47 de la CCBA.

Es prudente, dada la finalidad legítima que persigue la ley 1877 preservar la validez abstracta del sistema allí previsto cuando el escrutinio de la norma logra superar las críticas de quien propicia su inconstitucionalidad. La directriz que en materia de interpretación constitucional brinda esta sentencia resulta, sin embargo, aprovechable para las autoridades encargadas de implementar el régimen, aplicarlo y, llegado el caso, también lo será —en la medida de lo pertinente—, para los magistrados ante quienes se sometan controversias concretas de derechos (art. 106 y 113 inc. 3 de la CCBA).

Por los motivos dados corresponde, establecida la interpretación conforme entre la normativa cuestionada y las reglas constitucionales invocadas por la accionante, rechazar la demanda. Costas por su orden (art. 25 ley 402).

La jueza Alicia E. C. Ruiz, dijo:

1. La actora impugna los artículos 4, 7, 14, 24 y 31 tercer párrafo de la ley nº 1.877 que regula la instalación de redes de televisión por cable. Sostiene que dichas normas vulneran diversos derechos y garantías de rango constitucional, a saber: derecho a la igualdad (arts. 16 CN, 11 CCBA); derecho de propiedad (arts. 14 y 17 CN, 12, inc. 5 CCBA); derecho a trabajar y ejercer industria lícita (art. 14 CN); derechos de los consumidores (art. 42 CCBA, 46 y 48 CCBA); y derecho a la pluralidad de emisiones y medios de comunicación (art. 47 CCBA).

El planteo se estructura a partir de una consideración general según la cual la ley —a través de los artículos cuestionados—, estaría asegurando una situación de privilegio en favor de las empresas que en la actualidad prestan el servicio de televisión por cable. En especial señala que es en “la regulación dirigida a la Zona 2, comprensiva de la gran mayoría de la Ciudad, donde se verifica un trato normativo dispar, discriminatorio, irrazonable, pro oligopólico y, de tal modo y por todo ello, contrario a normas de neta raigambre constitucional nacional y local” (fs. 47).

2. A partir de la caracterización de la ley nº 1.877 —que comparto— como el marco regulatorio local para la “instalación de redes HFC que afecten a la prestación de servicios de televisión por cable y servicios complementarios” (conf. art. 1 de la ley) corresponde establecer

si asiste razón a la actora en las impugnaciones constitucionales que formula a las disposiciones de la ley, que han sido mencionadas en 1.

3. Anticipo mi opinión en el sentido de que, a la luz de los preceptos y principios de la CN y de la CCBA invocados por la actora, me inclino **por declarar la inconstitucionalidad del apartado b) del artículo 4 y del primer párrafo del artículo 14 de la ley n° 1.877** y rechazar las impugnaciones dirigidas a las restantes disposiciones.

Coincido parcialmente, entonces, con la solución propuesta por el Sr. juez de trámite.

4. Para así decidir tengo en cuenta dos cuestiones. Por un lado que el Estado local tiene la facultad de fijar políticas públicas tendientes a asegurar un uso equitativo, sostenible y socialmente útil del espacio urbano. Por el otro que, en la medida en que define formas de regulación de actividades que se proponen y desarrollan en un mercado competitivo cuyos efectos se proyectan sobre esa área; el estado tiene el deber de establecer reglas que garanticen paridad entre oferentes o competidores en situaciones similares.

Creo oportuno agregar una tercera cuestión referida a la supuesta violación de los derechos de los consumidores (art. 42 CCBA, 46 y 48 CCBA) y del derecho a la pluralidad de emisiones y medios de comunicación (art. 47 CCBA) que la actora introduce en su demanda. La manera en que estructura la fundamentación está focalizada en las ventajas que la reglamentación legal generaría a las empresas que en la actualidad suministran el servicio de televisión por cable en detrimento de aquellas que en el futuro quisieran incorporarse a esa prestación. En otros términos, el eje de la invalidez normativa que Gigacable defiende remite a la igualdad o desigualdad entre los que participan o participarían en el negocio de la televisión por cable, y no a los usuarios del servicio.

Las consecuencias de la adopción de esa perspectiva no son menores, ya que si se atiende a la argumentación de la accionante —la cual discurre especialmente respecto de las áreas que ya gozan del servicio—, la inclusión de nuevos prestatarios en dichas zonas no amplía el campo de los potenciales usuarios ni tiende a la inclusión de los residentes en barrios más carenciados.

Tampoco una mayor pluralidad de emisiones —si por “pluralidad” se entiende únicamente, como parece seguirse de la presentación de la accionante, que haya más empresas en el mercado— es un requisito que por sí solo satisfaga una mayor y más variada información. Esta última abarca distintas y aún contrapuestas visiones acerca de la sociedad, el mundo, los derechos y las garantías de todos. Ese, y no el que propone la accionante, es a mi juicio el sentido que la CCBA otorga a la expresión “pluralidad” en los preceptos que Gigacable menciona.

5. Trataré en forma conjunta la impugnación a la validez **del apartado b) del artículo 4, y del primer párrafo del artículo 14 de la ley nº 1.877** en atención a la vinculación existente entre estas normas.

El art. 4 establece que “la instalación de infraestructuras de redes HFC, deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación y sólo procederá: a) por tendido subterráneo y/o pulmón de manzana en toda la ciudad; b) por tendido aéreo sobre columna metálica en arterias ubicadas en la Zona 2 del Anexo I y cuando concurriera el supuesto previsto en el artículo 14 de la presente ley. Se prohíbe la instalación de tendidos aéreos sobre postes de madera y columnas de alumbrado público en todo el ámbito de la ciudad”.

Por su parte el art. 14 establece que “la asignación del uso de la infraestructura basada en el sistema de columna metálica se otorgará a aquellos tres (3) prestadores que acrediten mayor antigüedad en la efectiva prestación del servicio, al 31 de diciembre de 2004. / Dichos prestadores mantendrán las redes aéreas denunciadas como Redes Existentes Operativas conforme lo previsto en el art. 2º. / En el caso de que algún prestador que utilice Redes Operativas Existentes, por cualquier causa, dejara de utilizar el espacio asignado, su nivel en el sistema de columnas no podrá ser ocupado por otro prestador”.

La actora sostiene que estas disposiciones tienden a “favorecer y consolidar a los únicos tres prestadores de servicios de televisión por cable que se encuentran operando en claro desmedro del universo de potenciales competidores —actuales o futuros licenciarios— en la prestación del servicio” (fs. 47); y agrega que “no existen razones fundadas que pudieran abonar la asimetría del trato normativo dispensado” (fs. 50 vuelta).

En efecto, asiste razón a la demandante. La norma establece un trato diferenciado respecto del uso de la infraestructura basada en el sistema de columna metálica; trato que carece de una fundamentación que muestre la razonabilidad de dicha distinción en el marco de la política pública que la norma consagra. Dicho en otros términos, la norma no explicita motivo alguno por el cual se justifique que la asignación de dicha infraestructura se realice en favor de los tres prestadores que acrediten mayor antigüedad.

Sin embargo ello no implica que como consecuencia ineludible se siga que la disposición contenida al final del art. 14 sea también inconstitucional como pretende la actora. Es más, ella misma parece reconocer a fs. 51, que tal limitación obedece a razones de planeamiento tendientes a asegurar un desarrollo urbano de tipo sostenible.

La planificación basada en criterios sustentables no sólo es una de las facultades estatales a las que hice referencia en el punto 4, sino que además constituye una obligación constitucional a luz de lo establecido en el capítulo cuarto de la CCBA, en especial el art. 26 cuando prescribe

que “toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar”.

6. La impugnación dirigida por la demandante contra el art. 6 *in fine* tampoco se sostiene a la luz del capítulo constitucional citado. El argumento según el cual dicha norma impone condiciones que encarecen la entrada al mercado no es oponible en el marco de la CCBA.

El art. 6 *in fine* dispone para el futuro la obligación de prever “en el proyecto constructivo de la obra a aprobar la instalación subterránea de los ductos necesarios para soterrar las redes aéreas existentes en el área”.

De la lectura de la norma en este punto no se sigue que la obligación de prever conlleve la de soportar en forma exclusiva los costos de la efectiva realización de los ductos para quienes presenten el o los proyectos mencionados, que es, a estar a la demanda, el núcleo de las objeciones constitucionales que intenta Gigacable.

7. La actora cuestiona la validez del art. 7, que exige, que el tendido subterráneo este destinado exclusivamente para la prestación de servicio de televisión por cable y servicio complementarios. Según dice, “... sin razón alguna que lo avale, y contrariando toda razonabilidad y mandato o principio técnico al respecto, enerva la posibilidad de dar a las redes subterráneas que se instalen un uso económico y técnicamente mas racional”.

Como puede verse más allá de la alusión reiterada a la razonabilidad, la accionante no vincula su discrepancia con la pauta fijada por el legislador, a ningún principio, precepto o regla constitucional, por lo que la objeción es infundada.

Comparto con el juez de trámite que “el mero desacuerdo con el contenido de una norma, o la mera mencion de su preferencia por alguna otra formulación posible, cualquiera sea su acierto eventual, está fuera del marco del control de constitucionalidad” (del último párrafo del apartado III.1. del voto del juez Maier).

8. Respecto de los artículos, 24 y 31 tercer párrafo coincido con los fundamentos dados por el Sr. juez de trámite en los puntos III.2; III.3 y III.4 a los que adhiero y me remito por razones de brevedad.

9. Voto en consecuencia por declarar la inconstitucionalidad del apartado **b) del artículo 4, y del primer párrafo del artículo 14** de la ley nº 1.877 e imponer las costas en el orden causado (conf. art. 25, ley 402).

Por ello, por mayoría, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal Adjunto,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Hacer lugar parcialmente a la acción deducida y declarar la inconstitucionalidad del inciso b) del art. 4 de la ley n° 1.877 en el segmento que dice: “*y cuando concurriera el supuesto previsto en el art. 14 de la presente ley*”, y del primer párrafo del art. 14 de la ley citada.

2. Imponer las costas por el orden causado (art. 25, ley n° 402).

3. Disponer la notificación de la sentencia a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Ordenar que el Boletín Oficial de la Ciudad publique, dentro de los tres días posteriores a su recepción, la parte dispositiva de esta sentencia con la constancia que el texto completo se encuentra a disposición de cualquier persona en la sede del Tribunal Superior de Justicia.

5. Mandar que se registre, se notifique a las partes y al Sr. Fiscal General, se cumpla con lo dispuesto en los puntos 3 y 4 y, oportunamente, se archive.

Fdo.: Maier; Conde; Casás ; Lozano y Ruiz.