Buenos Aires, 26 de diciembre de 2017.

AUTOS Y VISTOS:

I-Que, el juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la firma Nextel Communications Argentina S.R.L., tendiente a que se suspendieran los efectos del acto administrativo mediante el cual fue intimada a desmantelar la antena situada en la calle Corrientes Nº 1145/49 del Partido de Vicente López, dictado en virtud de lo dispuesto en la Ordenanza Nº 34.118 del Concejo Deliberante de Vicente López, en la que se regulan los distintos aspectos vinculados a la colocación y funcionamiento de antenas, las zonas donde la instalación está prohibida o permitida, las alturas máximas y mínimas, los trámites para su instalación, etc. En consecuencia, el magistrado ordenó a la Municipalidad de Vicente López que se abstuviera de impedir, obstaculizar o perturbar la prestación del servicio de telecomunicaciones por medio de la referida antena, hasta tanto se dictara la sentencia definitiva. Para así decidir, sostuvo que el acto de intimación, notificado a la parte actora el 21/06/16, agregado en copia a fs. 73, que había sido dispuesto por razones de índole urbanística, aparecía prima facie contrario a lo establecido en el artículo 6º de la Ley Nacional de Telecomunicaciones, Nº 19.798, en el que se prohíbe a las provincias y a las municipalidades expropiar instalaciones de comunicaciones, suspender, obstaculizar o paralizar las obras o servicios de jurisdicción nacional que afecten derechos previamente adquiridos al amparo de las autorizaciones otorgadas por la autoridad regulatoria nacional. Además, consideró que el peligro en la demora estaba dado por el riesgo de que el servicio de telecomunicaciones pudiera verse afectado o interrumpido en caso de que se efectivizara el desmantelamiento de la antena en cuestión.

II- Que, contra esa resolución la Municipalidad de Vicente López apeló y expresó agravios a fs. 375/387, que fueron contestados por la actora a fs.394/404.

En cuento interesa, y con relación al requisito de la verosimilitud en el derecho, sostiene que la prohibición de instalar la antena en la calle Corrientes Nº 1145/49 se funda en lo dispuesto por las Ordenanzas Nº 13.397, 13849, 14791 (anteriores a la Nº 34.118, impugnada en la demanda), en las que se establece que en la “Zona RI”, donde se halla ubicada la antena, no está permitida la colocación de estructuras de esa altura y características. En este sentido, considera que el juez de la anterior instancia no tuvo en cuenta que las mencionadas ordenanzas se hallaban vigentes al momento en que la antena había sido instalada, por lo que la instalación era clandestina, razón por la cual la actora no tiene un derecho adquirido a mantener esa instalación irregular. Además, sostiene que el municipio es quien tiene la facultad de determinar el emplazamiento de las antenas y funda esa competencia en lo dispuesto por los artículos 5, 33, 121, 123 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; los artículos 190 y sigs de la Constitución Provincial; los artículos 1, 2, 70 y 71 del decreto -Ley 8912 (Ordenamiento territorial y Uso del Suelo) y de los artículos 25, 26 y 27 del decreto- ley 6769/58 (Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires), así como el artículo 39 de la ley 19.798 (Ley Nacional de Telecomunicaciones) en el que se requiere la previa autorización de los titulares de la jurisdicción territorial. Asimismo, afirma que la medida precautoria decretada es prematura ya que la parte demandante no solicitó previamente en sede administrativa, la suspensión o revocación de la intimación dirigida el día 21/06/16, y en consecuencia, la Municipalidad de Vicente López no había tenido oportunidad de expedirse al respecto.Con relación al requisito del peligro en la demora, sostiene que no está probado el perjuicio que podría sufrir la empresa actora en caso de que se cumpliera con la intimación administrativa; y entiende que, lo solicitado por la actora implicaría un adelanto de jurisdicción, pues de confirmarse la medida cautelar decretada en la anterior instancia se anticiparía la pretensión objeto de la demanda. Por último, solicita que en caso de confirmarse la medida cautelar se sustituya la caución juratoria fijada en la sentencia apelada y se exija una caución real tendiente a asegurar los posibles daños y perjuicios que el mantenimiento de la antena clandestina podría ocasionar.

III- Que, ante todo, cabe adelantar que esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso de características análogas al presente en autos “Nextel Communications Argentina SRL c/ EN SC y Otro s/ Proceso de conocimiento”, sentencia del 20 de abril de 2010, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad, y cuya copia certificada se agrega a la presente.

IV-Que, de las constancias de la presente causa, se desprende que la firma “Nextel” obtuvo autorización de la Comisión Nacional de Comunicaciones para instalar la antena ubicada en la Calle Corrientes Nº 1145/49 (cfr. fs. 81/86), cuya autenticidad y vigencia no fue desconocida por la Municipalidad de Vicente López.En tal sentido, y a primera vista, la antena en cuestión no resulta clandestina en los términos de lo establecido en la legislación nacional integrada por la Ley Nacional de Comunicaciones Nº 19.798, la Resolución N°202/95 del Ministerio de Salud, que aprueba el Estándar Nacional de Seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre los 100 kHz y 300 Ghz; la Resolución N° 530/2000 de la Comisión Nacional de Comunicaciones, que dispone que el mencionado Estándar Nacional será de aplicación obligatoria a todos los sistemas de Telecomunicaciones que irradien entre las mencionadas frecuencias en el territorio nacional; la Resolución N° 3690/2004 de la C.N.C., que establece que los titulares de autorizaciones de estaciones radioeléctricas y los licenciatarios de estaciones de radiodifusión deberán demostrar que las radiaciones generadas por las antenas de sus estaciones no afectan a la población en el espacio circundante a ellas, y ordena la adaptación de los sistemas irradiantes que no cumplan con los valores máximos fijados en el Estándar Nacional. Ahora bien, la cuestión relativa al registro, localización, emplazamiento, factibilidad, habilitación, instalación, mantenimiento y desmantelamiento de antenas, soportes de antenas y equipos e instalaciones complementarios, destinados a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicios por radiodifusión dentro del Partido de Vicente López, también ha sido regulada por medio de las ordenanzas Nº 13.397, 13849, 14791 y 34.118, en uso de las facultades locales. En cuanto al caso atañe, en la Ordenanza 34.118 se dispuso que con relación a la Ubicación de las Antenas “.Se permitirá la instalación de Estructuras en todo el Partido de Vicente López, según su tipología y las zonificaciones establecidas por el Código de Ordenamiento Urbano vigente y sus modificatorias. 4.1 Estructuras destinadas al soporte de Antenas de telefonía móvil, Internet, transmisión de datos, voz o imágenes, excluyendo las Estructuras de Bajo Porte: .4.1.2. Zonas Prohibidas:-Zona Residencial R1- Residencial Baja Densidad”. (cfr. artículo 4º). En cuanto a las alturas máximas “.Todas las Antenas deberán ubicarse, respetando las alturas mínimas, según los niveles detallados a continuación y no podrán invadir el espacio aéreo de rutas de aeronavegación y deberán respetar las normas establecidas por la Administración Nacional de Aviación Civil (A.N.A.C.).” “. 6.3 Para estructuras sobre azoteas, la altura máxima será de cinco metros (5,00 m) desde el nivel de azotea hasta la base de cada antena.”(cfr. artículo 6º). Con relación a las características generales de la instalación “.Todas las Estructuras a instalar deberán cumplir con las siguientes características, a saber: 8.5 Impacto Visual: Los Solicitantes deberán seleccionar alternativas que, a satisfacción de la Autoridad de Aplicación, minimicen el impacto visual; debiendo lograr una adecuada integración de sus Antenas, Estructuras y equipos complementarios, con el sitio de emplazamiento y edificación destinada a su montaje. A tal fin, se deberán emplear medios de mimetización o camuflaje adecuados y compatibles con el tipo de ubicación sobre la que se emplacen (cfr. artículo 8º). Así, se dispuso que “. Toda vez que una Estructura contravenga las disposiciones de esta Ordenanza, el Departamento Ejecutivo podrá proceder a la clausura de la misma y disponer su inmediato desmantelamiento que estará a cargo del Propietario de la Estructura, Prestador, Solicitante y/o titular del inmueble indistintamente, siendo todos ellos solidariamente responsables; con la intervención del Tribunal de Faltas conforme a las disposiciones de la Ley 8751” (cfr. artículo 11º). Por último, se estableció que “.Cuando la instalación de la Estructura no cuente con el debido permiso de este Municipio o cuando el mismo fuera revocado o vencido y no fuera renovado, la instalación se reputará clandestina y el Propietario de la Estructura, Prestador, Solicitante y locatario del fundo donde se encuentre emplazada la Estructura serán solidariamente responsables de:.Retirar las Estructuras en el plazo que disponga la autoridad de aplicación, y acondicionar el lugar de emplazamiento. Caso contrario, la remoción se ejecutará por personal de la comuna o por terceros contratados para dichas tareas y a costa de los responsables solidarios, sin perjuicio de las demás sanciones a las que hubiere lugar”(cfr. artículo 14).

V-Que, en el marco de conocimiento limitado que es propio del proceso cautelar, cabe tener presente que, en principio, las provincias y sus municipios conservan las atribuciones concernientes al ejercicio del poder de policía en materia de urbanismo, (Fallos: 220:409; 255:402; 310:943; 314:495, entre otros). Sin embargo, tanto la Ley Nacional de Telecomunicaciones Nº19.798, como las r eglamentaciones dictadas por el ENACOM, en su carácter de autoridad nacional encargada de la aplicación de ese régimen, constituyen normas federales. Tales atribuciones, como regla y sin que implique abrir un juicio sobre el fondo del asunto, deben ser ejercidas de un modo que no sea incompatible con lo establecido en el régimen federal que rige en la materia (Fallos: 137:212, 300:402; 315:1013; 318:2374 ; 324:1276 ; entre otros).

VI- Que, con relación al requisito del peligro en la demora, parece suficientemente acreditado si se tiene en cuenta que el desmantelamiento de la antena tiene entidad suficiente para interferir en la eficaz prestación del servicio, basado en un complejo sistema de estructuras de esa clase, que permiten la utilización del espectro radioeléctrico, por medio de tecnología inalámbrica, de acuerdo con la calidad y el radio de cobertura exigido por el régimen federal.En tal sentido, la medida dispuesta por la autoridad local, sin que ésta haya brindado alguna alternativa, como por ejemplo, propiciar la mudanza de la antena a una zona permitida, resulta de muy difícil cumplimiento sin afectar el resto de las antenas que forman parte del circuito de telecomunicaciones y al universo de usuarios del servicio.

VII- Que, reiteradamente se ha sostenido que si bien medidas como las requeridas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que revisten, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695). Asimismo, se ha dicho en Fallos 306:2060 que las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. En el presente caso, y por las razones ya expuestas resulta suficientemente acreditada la configuración de los presupuestos establecidos en los incisos 1° y 2° del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que justifiquen la procedencia de la medida solicitada.

VIII-Que, con relación al agravio relativo al tipo de caución fijada en la resolución apelada, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión planteada y los montos involucrados, resulta adecuado modificar la modalidad de caución escogida por la magistrado de la anterior instancia (acogiendo, en este aspecto, la apelación interpuesta por la parte codemandada), y establecer una caución real equivalente a 50.000 pesos, que será prestada ante el juzgado de primera instancia.

Por ello, SE RESUELVE: desestimar parcialmente el recurso interpuesto por la co-demandada Municipalidad de Vicente López, confirmar el pronunciamiento apelado en cuanto hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y modificarlo con relación al tipo de caución fijada de conformidad con lo expuesto en el considerando VIII. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GUILLERMO F. TREACY

JORGE FEDERICO ALEMANY