

Remocion De Antena Fm Suspension Cautelar

JURISPRUDENCIA

Remoción de antena FM. Suspensión cautelar

Se admite el

recurso articulado por la demandada, y se revoca la decisión que dispuso cautelarmente ordenar que la Comuna se abstenga de proceder a la remoción de una antena de FM.

En la ciudad de General San Martín, a los 13 días del mes de julio de 2017, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, habiendo pasado los autos para resolver en la causa N° 5872, caratulada "SCARVAGLIONE CONSTANTINO CLAUDIO C/ MUNICIPALIDAD DE LA MATANZA S/ PRETENSION ANULATORIA". Efectuado el sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de estudio y votación: ECHARRI - SAULQUIN - BEZZI. Se deja constancia que el Sr. Juez Hugo Jorge Echarri no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia, por lo que pasa al segundo orden de estudio y votación. Tras ello, se estableció la siguiente cuestión a resolver ¿Es ajustada a derecho la resolución recurrida? El Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin dijo: I. El peticionante dirigió la acción contra la Municipalidad de la Matanza (Poder Ejecutivo- Concejo Deliberante) a fin de evitar el perjuicio inminente respecto de sus derechos y garantías ¿en razón de aplicarse el parte de intimación n° 035280? de fecha 14 de mayo de 2010, mediante el cual se intimó al actor para que en un plazo de 15 días hábiles retire (desconexión y remoción) la antena de FM ubicada en el domicilio que indica cuyo nombre de fantasía es ¿Radio Party FM? (94.9 Mhz conf. fs. 25). Solicitó asimismo la inconstitucionalidad de la Ordenanza 14902, modificatoria de la Ordenanza 11872, por ser contraria a preceptos de la Constitución Provincial, Nacional y la ley de Telecomunicaciones. Señaló que la prestación del servicio de telecomunicaciones es competencia del Estado Nacional, y en todo caso, el único que puede prohibir el funcionamiento de una antena de telecomunicaciones es la Comisión Nacional de Comunicaciones. Ello, más allá de que aclaró que lo atinente a la aprobación de las estructuras de soporte de antenas es de competencia de los respectivos municipios. Sostuvo que todo lo relacionado a Telecomunicaciones es de competencia federal en razón de la materia y que en el caso de autos la municipalidad ordena la desconexión y remoción de una antena de FM a través de la cual su parte presta el servicio a miles de usuarios en plena interferencia con la normativa en la materia (art. 6 de la ley de Telecomunicaciones). Preciso que la pretensión está destinada a cuestionar la conducta de la Comuna demandada pues considera que sobrepasa un terreno que le pertenece como es el ejercicio de policía local en materia de control ambiental y protección a la salud, inmiscuyéndose en la jurisdicción federal al solicitar además la desconexión de la antena. Recordó el principio de no interferencia, que no se encuentran en discusión las facultades de la Municipalidad de La Matanza en materia de control sobre este tipo de antenas ni con relación a la protección de los derechos a la salud y al ambiente. Refirió que la pretensión de desconexión podría repercutir en la prestación del servicio de telecomunicaciones. Entendió que es clara la incompetencia del municipio con relación a la pretensión de desconexión. Describió en la demanda también que había requerido la modificación de la Ordenanza 14902 sobre la base de motivos institucionales, técnicos (radiaciones no ionizantes), normativos y legales, que desconoce lo dictado por el OPDS en la materia, que desconoce la fundamentación científica o técnica que prohíbe la instalación cerca de una escuela o sanatorio, que no existen los inconvenientes ambientales citados (fs. 110/121). Solicitó el dictado de una medida cautelar para que se suspenda la aplicación de la Ordenanza 14902 y que la comuna se abstenga de realizar la desconexión o clausura o remoción de la antena de FM ubicada en el lugar que individualiza. II. A fs. 134/138 el Sr. Juez en lo Contencioso Administrativo de La Matanza resolvió decretar como medida precauteladora que la comuna se abstenga de la remoción de la antena de FM hasta tanto se resolviese la medida cautelar. III. A fs. 207 el actor amplió demanda señalando que -salvo en el área rural- se encuentra prohibida en el ámbito de la Municipalidad demandada toda antena de telecomunicaciones -sea receptora o transmisora-; lo que si se cumpliera a rajatabla quedaría toda la zona urbana y semiurbana en un vacío comunicacional entre su población y los vecinos de otras localidades. Que con relación a la telefonía celular, los dos millones de habitantes de La Matanza solamente tendrían servicio dentro de los perímetros del distrito, se saturarían las antenas bases, y colapsaría el sistema. Entre otras cuestiones que menciona, señaló que el OPDS ha señalado que no era conveniente prohibir por zonas como hace la ordenanza. Agregó que la zona donde está la antena en cuestión, a partir de la Ordenanza 14902, sería prohibida. Señala por otra parte que el Municipio no tiene injerencia en la licencia ni en la frecuencia de funcionamiento de la FM, potestad de la CNC, no pudiendo en ningún momento suspender o clausurar la emisión de aquella. Puntualiza que todas las antenas localizadas en la zona centro del partido están en infracción. Finalmente, solicita resarcimiento por daño moral, por las lesiones y amenazas que sufrió producto del desconocimiento de los vecinos, agravado por un municipio ausente y por una ordenanza claramente ilegal. IV. A fs. 288/300 el Sr. Juez de grado dispuso cautelarmente ordenar que la Comuna se abstenga de proceder a la remoción de la antena de FM ubicada en la Av. Pdte. Perón 1131 de la localidad de Villa Luzuriaga; ello siempre y cuando dicha estructura no implique un riesgo cierto

para terceros y en atención a que acceder a la totalidad de lo solicitado por el accionante implicaría un menoscabo al interés público en virtud que afectaría al poder de policía local (art. 171 C. Prov; doctrina art. 203 y 204 CPCC 22, 25 y 77 inc. 1 CCA). Para así decidir, en lo que aquí interesa, expresó que de las constancias arrimadas a las presentes actuaciones, la verosimilitud del derecho no se encuentra acreditada con la intensidad exigida por el ordenamiento jurídico a fines de desvirtuar por completo la presunción de legitimidad precitada. Sostuvo que lo expuesto no importaba en modo alguno dejar de reconocer que, no obstante no contar con la totalidad de los elementos de convicción que le permitieran arribar al dictado de la medida solicitada, aquellos que han sido aportados sí justifican algún grado de protección de los derechos invocados. En ese sentido, afirmó que mediante la aplicación del principio *iura novit curia*, se adentraría en el análisis de la situación jurídica planteada en los presentes obrados, en atención a la facultad que el ordenamiento jurídico confiere para dictar una medida distinta a las peticionadas por las partes (Arts. 22 inc. 2 y 77 inc. 1° CCA; 204 CPCC), como así también tomando en consideración la índole de los derechos en juego y la urgencia que el caso requiere. En ese contexto, entendió que el peligro en la demora se hallaba configurado en tanto y en cuanto de permitir la remoción de la antena en cuestión provocaría perjuicios irreparables atento la impugnación del acta de comprobación, lo que importaría un perjuicio irreversible (doctrina art. 25 del CCA) que no podría ser subsanados por otra vía. Sobre esa base, ponderó que los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora se encuentran de tal modo relacionados, que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente con la gravedad e inminencia en el daño; por lo cual, los fundamentos vertidos en el considerando anterior resultaban -a su criterio- bastantes para fundar la medida a adoptarse. V. Contra el citado pronunciamiento, a fs. 312/314 la apoderada de la Municipalidad de La Matanza interpuso recurso de apelación expresando los siguientes agravios: a. los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora no se encuentran acreditados con la rigurosidad, o al menos, la intensidad exigida. b. El hecho de no retirar o remover la antena implicaría un riesgo para terceros y acceder a la totalidad de lo solicitado por el accionante, un menoscabo al interés público c. El actor no se encontraba habilitado por las ordenanzas municipales para actuar como lo hizo: si bien el pedido de fondo del actor es la declaración de inconstitucionalidad de la ordenanza 14902, la misma aún se encuentra en vigencia y la antena fue colocada en violación a dichas disposiciones. d. El a quo no consideró lo señalado por la Comisión Nacional de Comunicaciones en el sentido de que en el partido de La Matanza está prohibido por Ordenanza 14902 la instalación de todo tipo de antena. Por lo que, la sola consideración de lo predicho habilita a la Comuna a exigir la remoción de aquella. Recuerda que en el informe de la CNC se señaló que la aprobación de las estructuras de soportes de antenas que los prestadores instalen no resultaría ser competencia de la Comisión Nacional, recayendo la misma sobre los Municipios. e. No se advierte que en qué consiste el peligro en la demora cuando lo que se persigue con la desconexión y remoción de la antena es proteger nada más ni nada menos que el interés y bienestar público. f. El poder de policía que ha ejercido su mandante en nada entorpece el cumplimiento del servicio de telecomunicaciones, pues el desmonte impuesto ha de ser primariamente preventivo y en segundo lugar alcanza solo a la estructura de la antena de comunicaciones, y no al sistema de transmisión y recepción de ondas de radio. VI. Que a fs. 315 el Sr. Magistrado a quo tuvo por interpuesto el recurso y ordenó correr el respectivo traslado a la contraria, que fue contestado a fs. 322/324. VII. Este Tribunal dictó una medida para mejor proveer, que fue cumplida según surge de fs. 341/351, habiéndose reanudado el llamamiento de autos (fs. 352). VIII. Así las cosas, en primer término, corresponde señalar que el recurso de apelación contra la medida cautelar dispuesta en autos ha sido articulado en legal tiempo y forma (fs. 311 vta. 26/8/2016 y cargo fs. 314 vta., 30/8/2016). IX. En primer término, recuérdase que el accionante sustenta -en esencia- su demanda en la inocuidad de la antena de radio así como también el modo en que se reguló la cuestión atinente a la ubicación de las antenas en el municipio demandado a través de la ordenanza municipal 14902, la cual - a su juicio- interfiere con la jurisdicción federal sobre la materia de telecomunicaciones. Ello, sobre la base de considerar que no se permitiría ubicarlas en zonas urbanas o a determinada distancia de jardines de infantes u hospitales. X. Sentado ello, es dable destacar que este tribunal ha sostenido reiteradamente que para la procedencia de las medidas cautelares ha de determinarse si se encuentran reunidos los requisitos correspondientes, a saber: la existencia de un derecho verosímil en relación al objeto del proceso, la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho y que, con su dictado, no se afecte gravemente el interés público (art. 22 C.C.A.). Que asimismo, con el objeto de resolver la cuestión traída a debate corresponde señalar que no sólo se impone considerar los señalados extremos conformadores del *periculum in mora*, junto con la consideración del *fumus boni iuris* inherente a la pretensión articulada, sopesando la concurrencia de ambos en el asunto traído a conocimiento del Tribunal (arg. arts. 230, 232 y concs. C.P.C.C.) sino que es dable balancear ambos presupuestos aminorando la nitidez en la presencia de uno cuando la del otro luce incontrovertible (doct. SCBA, B. 61.541, I. 2-IV-2003, en igual sentido esta Cámara in re: ?Caimi?, conf. CCASM Causa n° 4113 del 22/5/2014). XI. En tales condiciones y a la luz de la materia que se encuentra en análisis, creo oportuno mencionar que, como ha expresado esta Cámara en una causa que poseía algunos elementos en común, la cuestión atinente a la habilitación de las antenas es compleja e intervienen diversos órdenes jurisdiccionales

(conf. Resolución 144/07 de la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires): Comisión Nacional de Comunicaciones -actual ENACOM-, OPDS y Municipios (conf. especialmente artículos 1 y 4) -confr CCASM causa n° 3309-. Así, si bien la autorización para instalar este tipo de antenas corresponde al actual ENACOM -ex Comisión Nacional de Telecomunicaciones-, no es menos cierto que a las comunas les compete emitir el certificado de prefactibilidad de localización conforme a zona y disponer la habilitación de la instalación correspondiente (conf. CCASM causa 1550; confr. Resolución 2017-4149-APN ENACOM de fecha 22/5/17 acompañada en el marco de la medida para mejor proveer fs. 342/343). XII. En el supuesto de autos, en el que se pretende precautoriamente suspender la remoción de la antena de FM ubicada en la Av. Pdte. Perón 1131 de la localidad de Villa Luzuriaga, cabe anticipar que los elementos de juicio aportados, considerados en este estado liminar del proceso, no son suficientes para justificar el despacho favorable de la cautela. Es que, más allá de las alegaciones del accionante con relación a los supuestos intentos infructuosos ante las autoridades federales para regularizar la radio, lo cierto es que aquella carecería en la actualidad de autorización legal para funcionar, conforme informara el ENACOM con motivo de la medida para mejor proveer dispuesta. Al respecto, es dable subrayar que la Directora Nacional de Servicios Audiovisuales del Ente Nacional de Comunicaciones informó que: "...según consta en este Registro Público la emisora Radio Party 94.9? carece de autorización legal para emitir obrando en nuestros registros una presentación de la misma al censo dispuesto por Resolución N 1 -AFSCA/09 de ?Servicios Operativos No Autorizados?(Actuación n° 7251- AFSCA/10)....? (fs.346 -el subrayado no aparece en el original). Esta sola circunstancia desvirtúa la verosimilitud del derecho en el caso y priva de justificación suficiente a la medida cautelar otorgada en la instancia. En efecto, no habiéndose otorgado -prima facie- la autorización y/o permiso de uso de frecuencia del Espectro Radioeléctrico por parte de la autoridad federal competente, presupuesto de base que luce -en principio- como ineludible; mal podría examinarse -siquiera provisionalmente- lo atinente a las disposiciones comunales concernientes a la localización y habilitación de antenas. Nótese que en las condiciones expuestas, confirmar la decisión precautoria adoptada implicaría soslayar tal fundamental aspecto, interfiriendo en competencias propias de la jurisdicción federal (confr. Resolución 1/2009 AFSCA). Ello así, por cuanto -en definitiva- importaría permitir -de hecho- el funcionamiento de una radio emisora no autorizada por la autoridad federal competente. Por lo demás, a mayor abundamiento, es dable mencionar prima facie -en el ámbito del examen provisional cautelar- que se halla publicada en el sitio oficial del ENACOM, Ente Nacional de las Comunicaciones, la Resolución 749/COMFER/98 de fecha 15/9/1998 que declararíala clandestina, en los términos de los artículos 28 de la ley 22285 y 20 de su reglamentación aprobada, a la estación de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia denominada ?FM. LA RADIO? la cual opera en la frecuencia 94.9 Mhz, desde el domicilio ubicado en la Av. Juan Domingo Perón 1135 de la ciudad de San Justo, bajo la titularidad del señor Claudio Scarvaglion (Resolución 749/COMFER/98, Exp. 2578-COMFER/97) -confr.

<http://www.enacom.gob.ar/multihttps://www.errepar.com/resources/ErreiusLightDocs/Jurisprudencia/2017/12/14/20171214124449335/media/resoluciones-afsca-comfer/pecfr/1998/R19980749.pdf>. En ese orden, tampoco surge -liminarmente- de ese sitio que dicha decisión hubiere sido revocada o que hubiese mutado tal carácter. Por su parte, he de precisar que las argumentaciones acerca de la regularización de la emisora aludida (confr. Fs. 356 en particular) en todo caso deben ser ventiladas por ante la jurisdicción federal correspondiente. XIII. En definitiva, entiendo -en síntesis- que no se ha logrado superar la apariencia del buen derecho y que ello resulta suficiente, desde mi perspectiva, para revocar la medida cautelar. Ello, pues para la procedencia de la medida cautelar pedida, debe verificarse el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos. En consecuencia, la falta de configuración de uno de los extremos invocados, torna inoficioso el examen del resto (cfr. CCASM, causa 1673/09, I. 28-V-2009, entre otras). En consecuencia, por los fundamentos dados propongo admitir el recurso articulado por la demandada, revocando la decisión apelada en cuanto ha sido materia de agravio. XIV. Finalmente, estimo que debe diferirse la imposición de costas para su oportunidad (conforme doctrina de esta Alzada, causas N° 842/06, ?Pillsbury Argentina S.A. -Actualmente General Mills Arg. S.A.- y otros s/medidas precautorias?, del 1/3/2007; N° 869/06, ?Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Digital World s/ medida precautoria?, del 21-3-07; N° 1579 ?R. G.,M. N. c/ Municipalidad de Morón s/ Amparo?; N° 2075/10, ?S.,L.B c/ Ministerio de Salud de la Prov. de Buenos Aires?, del 20/05/10, entre otras; y cfr. CSJN, in re: "C.I.F.E.N. v. S.A. La Avícola Gualeguaychu", Tomo 296, Pág. 397, 1976). ASI VOTO. La Sra. Juez Ana María Bezzi vota a la cuestión planteada en igual sentido, por idénticos fundamentos. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, tras lo cual, el Tribunal dictó la siguiente RESOLUCION: 1) Admitir el recurso articulado por la demandada, revocando la decisión apelada en cuanto ha sido materia de agravio. 2) Diferir la imposición de costas para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese urgente en función de tratarse de una medida cautelar. Oportunamente devuélvase. Se deja constancia que erl Sr. Juez Hugo Jorge Echarri no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

022855E