

RESTRICCIONES AL DOMINIO EN EL RÉGIMEN FEDERAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.

Con especial referencia a los bienes de
dominio público de la Ciudad de Buenos Aires

Natalia MORTIER

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Bienes de dominio público.- 3. Bienes del dominio privado del Estado.- 4. Bienes del dominio de los particulares.- 5. El panorama local

1. Introducción

Pretendemos con este breve trabajo sintetizar una serie de dudas que nos plantea la problemática que presenta la infraestructura de telecomunicaciones, en la medida en que permite concretar el derecho a la información de emisores y receptores en un mundo dinámico y tecnificado. La cuestión, que dista de ser novedosa y encuentra regulación a partir de principios de la Constitución Nacional ¹, disposiciones generales del Código Civil y las específicas del decreto-ley de telecomunicaciones 19.798/72 ², adquiere singular trascendencia a partir del inicio de la era digital y de la toma de conciencia de los beneficios de la sociedad de información.

A partir de allí hemos intentado recopilar y sistematizar los distintos preceptos que regulan el régimen de los bienes afectados al

1 Arts. 75 incs. 13, 14, 18 y 32.

2 Y la forma en que inveteradamente ha abordado nuestro Máximo Tribunal la cuestión, al sostener que las comunicaciones telefónicas están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país (CSJN, *Fallos*, 188:247; 213:467; 257:159 y sus citas; 299:149 y sus citas; 304:1186, sus citas y muchos otros).

servicio de telecomunicaciones y las servidumbres y restricciones al dominio que pueden imponer en beneficio de un servicio de interés general, como son los servicios interconectados de telecomunicaciones³.

Previo a todo y como principio general, destacamos que el artículo 77 del decreto-ley 19.798/72 faculta a imponer limitaciones al dominio sobre edificaciones o estructuras que pudieran dificultar o interrumpir las comunicaciones.

Este precepto es conteste con las enseñanzas de MARIENHOFF, quien explicó que las restricciones administrativas -que constituyen una “especie” dentro del género “limitaciones”- tienen por objeto impedir que la actividad de la Administración Pública resulte obs-

3 Sostiene GORDILLO que “[d]ebe tenerse en cuenta sobre todo el carácter nacional del sistema de telecomunicaciones, que torna de interés federal a cualquier punto de la red, toda vez que las características del sistema interconectado no permiten aislar determinadas telecomunicaciones en un área del tránsito que se dirige a otros puntos del país, o incluso, al exterior. La competencia del gobierno nacional sobre las comunicaciones telefónicas comprende a las empresas telefónicas que prestan servicios interprovinciales también en los aspectos locales de su tráfico, pues éste es inescindible del cometido nacional de la empresa (Fallos, 257:159 y 268:306). Respetando este principio se ha expedido la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en la causa Gallo, en la que el tribunal se consideró que ‘Corresponde delimitar la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad a fin de entender en el juzgamiento de la supuesta omisión del GCBA en el ejercicio del control local y declarar la incompetencia con relación a la pretensión de desconexión en tanto puede afectar la prestación del servicio de telefonía móvil’. (CACyT, Sala II, Causa N° 25208/0 ‘Gallo Susana Beatriz c/GCBA s/ amparo (ART. 14 CCABA)’ 22/11/2007)” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T I, 10ª ed., 2009, Cap- XV-19, nota 85). Cabe agregar que el criterio de este fallo, en lo atinente a la competencia federal sobre la regulación del servicio de telecomunicaciones y su compatibilización con la normativa de la Ciudad de Buenos Aires, ha sido recientemente refrendado por la Corte (en “Consortio de Propietarios Calle República Árabe Siria 3243 c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Competencia n° □632. XLV, sentencia del 23/2/10), y finalmente, acatando este precedente, por el pleno de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en la causa “Romero Vera”, Acuerdo Plenario del 20 de abril de 2010.

taculizada por respeto al absolutismo de los derechos de propiedad privada ⁴.

La vertiginosidad del desarrollo tecnológico de nuestros tiempos impide que la sociedad se alcance a acomodar a las nuevas infraestructuras que estas innovaciones requieren y que -inevitablemente en su inicio- son percibidas como una invasión al *status quo* urbanístico e incluso, al completo uso y goce de la propiedad.

Es por ello que, aun cuando la comunidad se sirva y disfrute de los beneficios de la tecnología, la sensación inicial respecto del equipamiento que permite su funcionamiento es el repudio y lo que se conoce como el efecto *nimby* ⁵.

El régimen de las telecomunicaciones se ha ocupado expresamente de proteger la infraestructura indispensable para el servicio, sea imponiendo servidumbres, restricciones al dominio e incluso autorizando expropiaciones.

El decreto-ley de telecomunicaciones contiene tres artículos medulares al respecto:

“Artículo 39. A los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones se destinará a uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes. Este uso estará exento de todo gravamen.

Artículo 40. Podrán utilizarse los bienes del dominio privado, nacional, provincial o municipal, sin compensación alguna, para el

4 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Lexis N° 2206/000417.

5 Los norteamericanos han bautizado *nimby* a un fenómeno acentuado en los últimos años. Las siglas corresponden a la frase ‘*not in my backyard*’ -no en mi patio-. Alude a que los ciudadanos quieren las comodidades de las sociedades modernas pero nadie quiere en la cercanía de su casa cualquier molestia derivada del funcionamiento de los servicios públicos. En el ámbito municipal, se rechaza la instalación de vertederos, centrales nucleares, depósitos de desechos, cables de alta tensión o cualquier otra instalación considerada insalubre (Ampliar en SZMOISZ, Laura, “The NIMBY issue” ponencia presentada ante la IBA *Communications Committee 7th Young Lawyers Writing Competition*, abril de 2009).

tendido o apoyo de instalaciones de los servicios públicos de telecomunicaciones, siempre que se trate de simple restricción al dominio y no perjudique el uso o destino de los bienes afectados.

Artículo 41. Los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones tendrán derecho a establecer sus instalaciones en o a través de inmuebles pertenecientes a particulares.

En todos los casos se tratará de obtener de los propietarios la conformidad que permita la utilización de sus inmuebles por parte del prestador del servicio público.

Dicho acuerdo tenderá a lograr la conciliación debida para alcanzar el cumplimiento del servicio a prestar y a satisfacer los intereses de los propietarios de los inmuebles.

De no materializarse la conformidad de partes, el prestador del servicio público podrá gestionar la expropiación de las fracciones de inmuebles indispensables para establecer las instalaciones.

Si la expropiación fuese considerada innecesaria podrá establecerse, sobre las fracciones referidas, una servidumbre de uso obligatoria, en favor del prestador del servicio público, previo cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en la materia.

La reglamentación de la presente ley establecerá en qué circunstancia podrá el prestador del servicio público solicitar la expropiación del inmueble de que se trate o en su caso las pautas a que deberán someterse el prestador del servicio y el propietario del inmueble para posibilitar la constitución sobre el predio de una servidumbre de uso”.

Intentaremos a partir de su análisis, contrastado con el resto de las disposiciones que rigen la cuestión, sistematizar cierta casuística. Previo a todo, recordaremos algunos conceptos.

Mientras la restricción menoscaba sólo el carácter “absoluto” del bien, la servidumbre también altera la “exclusividad”⁶.

En realidad, entre las servidumbres y las restricciones (especies dentro del género limitaciones al dominio) hay una diferenciación de grado. Las servidumbres son las que más constriñen el derecho

6 Recuérdense las tres características del derecho de dominio: exclusivo, absoluto y perpetuo.

de propiedad, dado que el cumplimiento de su finalidad pasa a primar por sobre la finalidad del inmueble sirviente. De allí que la doctrina considere que son indemnizables.

En el último eslabón de la cadena, está, por supuesto, la expropiación, que sólo procederá en última instancia. El decreto-ley reserva su invocación para el prestador del servicio. No obstante nada impedirá que el afectado accione por expropiación inversa, en tanto su inmueble se haya vuelto impropio para su destino ⁷. La expropiación, naturalmente, afecta el carácter “perpetuo” del dominio.

Ahora bien, a diferencia de la expropiación, en la servidumbre el titular de la nuda propiedad conserva el *ius utendi* y el *ius fruendi* **en la medida en que** se respete la servidumbre. Así, en tanto el objeto y finalidad de la servidumbre sean respetados, todo el *remanente útil* del contenido del derecho de dominio o propiedad le corresponde al dueño del bien gravado ⁸.

En las restricciones, en cambio, el derecho del administrado se reduce en su amplitud: sólo podrá ejercer su derecho de propiedad en forma compatible con la restricción establecida por la Administración.

Como principio general, las restricciones al dominio (en sentido lato) pueden ser creadas tanto por la Nación como por las provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios. Ello depende de la ubicación del respectivo bien y de la finalidad a que responda la servidumbre.

La Nación puede imponer estos gravámenes sobre bienes ubicados en territorio de las provincias, cuando la “finalidad” pertinente integre la competencia constitucional de la Nación. Veamos cómo el decreto-ley de telecomunicaciones regula la cuestión.

2. Bienes de dominio público

El dominio público se encuentra contemplado en nuestro Código

7 Art. 51 inc. c) de la ley de expropiaciones, n° 21.499.

8 MARIENHOFF, Miguel S., op. cit, Lexis N° 2206/000752.

Civil en los artículos 2339 a 2342 ⁹. Allí se encuentran las disposiciones comunes a los bienes que lo integran y se dejan a salvo las potestades locales en materia de reglamentación de sus formas de adquisición y uso.

Asimismo, se plasman ciertas características que conviene recordar aquí: (a) se diferencia del dominio de los particulares y de los bienes de dominio privado del Estado ¹⁰; (b) los particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad de Buenos Aires, y los Municipios ¹¹; (c) la jurisdicción es local ¹²; (d) el uso es gratuito y por excepción puede no serlo ¹³; (e) sólo puede ser desafectado por ley ¹⁴; (f) es imprescriptible, es decir, no puede ser adquirido por prescripción ¹⁵.

Es sabido que no siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y la jurisdicción. En efecto, el dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye. En cambio, la jurisdicción no conduce necesariamente al dominio. Al respecto se ha manifestado categóricamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que dominio y jurisdicción no son siempre con-

9 A un panorama de la legislación francesa de vanguardia en esta temática puede accederse en MAIRAL, Héctor, “Nuevas ideas en materia de dominio público”, en AAVV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, 2003, pp. 103/111.

10 Art. 2339 Cód. Civ.

11 Art. 2341 Cód. Civ.

12 Art. 2341 Cód. Civ.

13 UGOLINI, Daniela, “Regulación y protección de espacios públicos”, RDA 2001-203.

14 CSJN, “Administración de Parques Nacionales v. Provincia del Neuquén”, citado por TORRES, Ismael, “Dominio público del Estado, afectación e inenajenabilidad”, JA 2002-II-1380.

15 Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 1^a, en autos “Femesa v. Vera Juan R.H. y otros”, sentencia del 5 de junio de 2001, citado por TORRES, Ismael, “Dominio público del Estado, afectación e inenajenabilidad”, cit.

ceptos equivalentes ni correlativos, pues puede existir uno sin la otra y viceversa ¹⁶.

Así ha expuesto también que en nuestra organización constitucional, puede existir jurisdicción federal sin dominio y dominio sin jurisdicción ¹⁷. Este criterio ha sido compartido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba al sostener que el dominio y jurisdicción no son conceptos necesariamente equivalentes, ya que “[n]o siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción. Si esto es importante bajo cualquier régimen de descentralización, con mayor razón lo es en un Estado federal, donde convergen hacia los fines de la Constitución” ¹⁸.

En un sentido análogo el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ha indicado que si bien existen discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la jurisdicción sobre los recursos naturales cuyo dominio corresponde a las provincias, no sucede lo mismo con relación a la cuestión ambiental. En este punto, la jurisdicción local surge del mismo texto constitucional ¹⁹.

Son bienes del dominio público: (1) los mares territoriales ²⁰; (2) los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; (3) los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de **satis-**

16 CSJN, *Fallos*, 103:403; 111:179, 154:312 y 271:186, entre muchos otros.

17 CSJN, *Fallos*, 201:536 y su antecedente, 192:350. Ejemplos sencillos se dan en el caso de ríos navegables que se encuentran dentro de los límites de una provincia. El dominio será provincial y la jurisdicción, en lo referente a la navegación, será federal.

18 Trib. Sup. Just. Córdoba, 29-IX-00, “Municipalidad de Pampayasta Sud v. Ziheiri, Eduardo R.” sentencia del 29 de octubre de 2000; “Gaviglio Sergio G. s/ Defraudación” del 22 de diciembre de 2005; “Provincia de Córdoba v. Municipalidad de Córdoba” del 29 de diciembre de 2006.

19 Trib. Sup. Just. Neuquén, “YPF. S.A. v. Provincia del Neuquén”, 19 de febrero de 2008.

20 Hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua.

facen usos de interés general, incluso las subterráneas ²¹; (4) las playas del mar y las riberas internas de los ríos ²²; (5) los lagos **navegables** ²³ y sus lechos; las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables ²⁴; (6) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida **para utilidad o comodidad común**; (7) los documentos oficiales de los poderes del Estado; las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos **de interés científico**. También son bienes de dominio público “artificiales” -por oposición a los “naturales” como los ríos y mares- los parques públicos, playas de estacionamiento y espacios públicos en edificios públicos, en escuelas, hospitales, teatros, museos, etc. ²⁵.

Del destacado propio se advierte la nota de uso común de estos bienes ²⁶, a diferencia del régimen de los de dominio privado del Estado, ya que estos últimos no están afectados al uso y goce de la comunidad y por lo tanto su contenido y régimen legal es más similar al dominio privado de los particulares ²⁷.

21 Sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación.

22 Entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias.

23 Cód. Civ.: “Art. 2.349. El uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenece a los propietarios ribereños”. “Art. 2.350. Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad”.

24 Cuando ellas no pertenezcan a particulares.

25 UGOLINI Daniela, op. cit.

26 CSJN, “Provincia de Buenos Aires v. Riglos de Álzaga”. La Ciudad de Buenos Aires, en su Constitución expresamente garantiza el uso común de estos dominios (art. 27 inc. 3°).

27 Son bienes del dominio privado del Estado: (1) todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro

En efecto, el dominio público resulta ser inalienable e imprescriptible, la extensión del ejercicio del “poder de policía” resulta más amplia y la autotutela administrativa ²⁸ rige con mayor vigor (art. 12 LPA) ²⁹.

dueño; los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos; (2) las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios; (3) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; y (4) los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título (Art. 2342 Cód. Civ.). FIORINI, citado por PETRELLA, sostenía que la concepción del elemento teleológico del fin público sufre diversos impactos, destacándose la existencia de una línea máxima en los denominados bienes del dominio público, graduándose en descenso hasta los bienes particulares del Estado, demostrando las variaciones de distintos fines que impiden una distinción absoluta y única entre ambas clases de bienes así como hay distintas clases de intereses públicos. En síntesis, cualquiera sea la postura que se adopte, el dato del fin a que sirven las cosas del dominio estatal es la que permite distinguir entre dominio público y privado (PETRELLA, Alejandra, “Desocupación de inmuebles privados del Estado. Artículo 463 del Código Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Su constitucionalidad”, RDA 2002-319).

28 Señalaba MARIENHOFF que esa *autotutela* es una “*potestad*” que le corresponde al “Estado obrando en la esfera del derecho público y como guardián de las cosas dominicales. De ahí resulta que el Estado no puede valerse del procedimiento de la *autotutela* para la protección de las cosas integrantes de su *dominio privado*, siendo por esto, verbigracia, que el Estado -Administración Pública-, si bien puede desalojar por sí y ante sí a quien se instale indebidamente en una plaza pública, no puede desalojar por sí y ante sí, valiéndose directamente de la fuerza pública, a quien se haya introducido con haciendas en un campo o tierra fiscal: debe recurrir a la justicia en demanda de apoyo a su derecho” (MARIENHOFF, op. cit.). Si bien el ejemplo de la plaza pública es extremo, hoy en día y a fin de evitar nulidades procesales posteriores resulta de buena práctica jurídica la -aunque más no sea- sumaria intervención del ocupante de cierto tipo de bienes del dominio público (como podría ser el típico ejemplo de un asentamiento en tierras del ferrocarril).

29 Un minucioso análisis de la normativa respectiva en la Ciudad de Buenos Aires puede encontrarse en PETRELLA, Alejandra, op. cit.

De las pautas reseñadas se sigue que la utilización exclusiva de bienes del dominio público debe apreciarse con criterio restrictivo en tanto importa una afectación, un menoscabo en el goce común ³⁰. Como correlato de ello, cualquier excepción debe establecerse por ley formal.

Vemos en favor del “servicio público de telecomunicaciones” una excepción a este principio general al consagrar el art. 39 del decreto-ley 19.798 el *uso diferencial*, incluso, de los bienes de dominio público local en razón del interés general comprometido en la actividad. A raíz de esta prerrogativa, se han generado no pocas controversias, en tanto ninguna norma de rango legal formal ha efectuado una definición precisa del término “servicio público de telecomunicaciones”, lo que dificulta desentrañar en ocasiones si corresponde o no este *uso preferencial*.

A riesgo de ser reiterativos, resulta útil aquí traer la literalidad del texto, que utiliza la siguiente fórmula: “A los fines de la prestación del *servicio público de telecomunicaciones* se destinará a uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes. *Este uso estará exento de todo gravamen*” (la cursiva no es original).

Como se advierte, si bien la “ley” federal deja a salvo las potestades locales en materia de instalación, establece que la estructura -ya autorizada por la autoridad municipal, las provincias o la Ciudad de Buenos Aires- gozará del privilegio de la eximición del canon estatal por el uso del suelo. Se ha sostenido que tal renuncia debería recaer en los respectivos titulares de los dominios públicos de que se trate -en el caso el conflicto se presenta con los bienes provinciales y municipales- en tanto tal decisión afectará la inte-

30 Ver en este sentido, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)’” Expte. n° 6162/08, sentencia del 5 de marzo de 2009.

gración de su presupuesto. Ésta y otras han sido las críticas que ha recibido esta disposición, objeto de varios proyectos de reforma que nunca se concretaron ³¹.

Si bien los espacios se mantienen en el dominio originario -provincial, de la Ciudad o municipal según se trate -este título no se modifica- sí se crea una servidumbre administrativa para el trazado de la red de telecomunicaciones. En efecto, se crea jurisdicción federal sobre el dominio público local.

Es por ello que las aguas se han dividido entre quienes sostienen que el privilegio es omnicomprendido de todos los servicios de telecomunicaciones ³² y quienes la restringen al concepto clásico de servicio público. Los defensores de la primera postura apoyan su tesis en que la ley de telecomunicaciones en ningún momento diferencia

31 La última de las iniciativas parlamentarias fue vetada por el Poder Ejecutivo en el año 2001 mediante el decreto n° 1184. El proyecto de ley, sancionado bajo el número 25.464 establecía “la competencia originaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios para la fijación del derecho de ocupación por el uso diferencial del espacio aéreo y terrestre municipal, imponiendo como límites el DOS POR CIENTO (2%) y el UNO POR CIENTO (1%) del monto de la facturación anual bruta que efectúen las empresas titulares de las redes físicas por los servicios de telefonía básica prestados u originados en cada jurisdicción, para el derecho de ocupación al uso diferencial del espacio público aéreo y del espacio público subterráneo, respectivamente”.

32 Sostiene el autor que la conclusión de que el calificativo de “servicio público” pertenece *per se* al servicio telefónico ha sido, por lo demás, una constante doctrinaria, “pero debemos tener en cuenta que todos esos autores se referían a la telefonía porque o no existían otros servicios, o eran totalmente intrascendentes. Pero desde 1995 hemos podido constatar cada uno de nosotros que aquella vieja telefonía fija nos es menos importante que la transmisión de datos, que los servicios de valor agregado, que los servicios móviles y, por supuesto, que internet. Debemos pensar, en ese sentido, que a sectores cada vez más grandes de la población les es mucho más básico y necesario el acceso a internet que la mera telefonía, o la telefonía móvil que la fija”. En este sentido, considera que los servicios móviles deben ser calificados como servicios públicos, pues la ley de telecomunicaciones considera a todos los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos; los servicios móviles presentan las notas tipificantes de los servicios públicos, y otras normas complementarias de la ley 19.798.

entre servicios públicos de telecomunicaciones y otros servicios. En otras palabras, se centran en que la ley mencionada se refiere a los servicios de telecomunicaciones como “servicios públicos de telecomunicaciones”.

Existen antecedentes infralegales que permiten confluir en que esta servidumbre administrativa se ciñe al servicio básico telefónico. Por ejemplo, el decreto 293-PEN-2002 consideró “servicios públicos alcanzados por la renegociación de los contratos” al “servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija)”.

El pliego de bases y condiciones aprobado por el decreto PEN 62/90, en su art. 8.1. define como “Servicio Básico Telefónico” a la provisión de los enlaces fijos de telecomunicaciones que forman parte de la red telefónica pública o que están conectados a dicha red y la provisión por esos medios del servicio de telefonía urbana, interurbana e internacional de voz viva. La resolución n° 25837/96 de la Secretaría de Comunicaciones replica la definición.

Un criterio amplio, sin embargo, emerge del dictamen PTN 246:622 del 16 de septiembre de 2003 que entendió que tanto la telefonía básica, como un enlace para uso de Telintar S.A. constituyen servicios públicos de telecomunicaciones.

Vale la pena recordar que Telintar S.A. fue creada luego de haberse dispuesto la división en dos empresas y la posterior privatización del servicio internacional bajo una licencia (telefonía internacional, telefonía internacional para abonados preferenciales, datos y télex internacional y enlaces punto a punto internacionales arrendados para telefonía, transmisión de datos y otros servicios de valor agregado) por un lado, y por el otro la prestación de servicios en competencia (télex nacional, datos nacional y radio móvil marítimo). Las acciones de estas sociedades se transfirieron en partes iguales a quienes resultaron adjudicatarios de las licencias correspondientes a la telefonía básica (v. pliego aprobado por el decreto 62-PEN-90, art. 9).

El dictamen sostiene que “tanto si el enlace fuese para uso de Telintar S.A., es decir para la prestación de servicios de telecomunicaciones que no incluyen la telefonía básica, sino los que esta empresa tiene a su cargo (Telefonía, Datos y Telex Internacionales y

Enlaces Punto a Punto Internacionales arrendados para telefonía, transmisión de datos y otros servicios de valor agregado, según el art. 9° del pliego aprobado por el Decreto N° 62/90), o bien para la prestación del servicio de telefonía básica por parte de Telecom, se encuentra comprendido dentro de los alcances del citado artículo 40, *en tanto unos y otros constituyen servicios públicos de telecomunicaciones*”, la cursiva es nuestra.

En cuanto a la competencia para imponer este tipo de exenciones o privilegios, también se expide el dictamen que nos ocupa, clarificando que “cabe recordar que el Derecho Administrativo es esencialmente un derecho local... [s]in perjuicio de ello, cuando la Nación precisa ejercitar potestades de carácter administrativo a fin de cumplir con los fines puestos a su cargo por la Constitución Nacional, se encuentra facultada para hacerlo.

En este orden de cosas, como principio, la determinación de la competencia federal o provincial, en materia administrativa, depende, primordialmente, de la determinación acerca de si está, o no, en juego una finalidad de carácter nacional (Comadira, Julio R.; Derecho Administrativo, pág. 316, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996).

En esta línea, y respecto del tema que nos ocupa, Comadira sostiene que la potestad para crear servidumbres ha de depender de la ubicación del respectivo bien y de la finalidad a que responden aquéllas. Cuando la limitación opera sobre un bien sito en territorio federal o sobre un predio ubicado en una provincia, pero que persigue una finalidad nacional, se encontrará facultado para crear la servidumbre, el Estado federal (ob. cit. pág. 318).

En el caso de autos la restricción tiene por finalidad posibilitar la prestación de un servicio público de telecomunicaciones interprovincial e internacional y, además, recae sobre un inmueble que, si bien se encuentra ubicado en la Provincia de Buenos Aires, pertenece al dominio del Estado Nacional, por lo que la competencia de éste para fijarla es clara”.

Es decir que, en la medida en que la restricción al dominio -entendida genéricamente- se apoye en razones de interés federal,

como en el caso de las telecomunicaciones, nos encontraremos frente a restricciones administrativas de Derecho federal.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entendió que “[a]l no poder contar con una definición clara y contundente en la ley nacional n° 19.798 sobre cuáles de los servicios de telecomunicaciones son los ‘servicios públicos’ que eximen del pago de gravámenes locales por el uso diferencial del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público de la Ciudad de Buenos Aires, es dable pregonar una hermenéutica prudente del art. 39 de la ley que no haga tabla rasa con las potestades tributarias locales, sin causa justificada en un interés nacional preeminente”. De esta manera interpretó que el servicio de valor agregado no era un “servicio público de telecomunicaciones” y mandó llevar una ejecución fiscal por el cobro de un canon por metro lineal de canalización subterránea en la vía pública ³³.

En este contexto corresponde diferenciar las potestades tributarias o fiscales en juego -a criterio del Gobierno respectivo- de las restricciones al dominio (sean servidumbres, restricciones propiamente dichas o incluso expropiaciones). En estos casos, veremos, la ley federal prima en la medida de la finalidad federal de la instalación. Sin embargo, no existirá conflicto con la atribución impositiva local, en tanto lo que se pretenda gravar no sean estos espacios públicos, es decir que la potestad tributaria local deberá ejercerse de acuerdo al artículo 75, inciso 32 de la Constitución Nacional y que se conoce como la regla de la no interferencia ³⁴. Por esta previsión está vedado a las autoridades provinciales o municipales alterar, interferir, u obstaculizar el cometido federal ³⁵.

33 TSJ, “GCBA c/Telred Sudamericana SA s/ ej. Fisc.-otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Exte. 6729/09, sentencia del 17 de marzo de 2010.

34 CSJN, *Fallos*, 304:730; 304:1129; 304:1381; 305:214; 305: 1381, entre otros.

35 Adviértase que el decreto-ley de telecomunicaciones plasma en su artículo 6° una regla análoga, al determinar en su parte final que “Las provincias o municipalidades no podrán expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, ni

Adviértase que la potestad tributaria subsiste al punto tal que el propio pliego de privatizaciones del servicio telefónico, aprobado por decreto PEN 62/90, se limitó a *invitar* a los gobiernos provinciales ³⁶ a extender a las sociedades licenciatarias del servicio básico telefónico y a las sociedades gestoras del servicio internacional y de los servicios en competencia *las exenciones impositivas de que gozan en sus respectivas jurisdicciones Entel y/o las empresas que [en ese momento prestaban] el servicio público telefónico.*

Ahora bien, la servidumbre que nos ocupa, expresamente gratuita, importa para los Estados locales la imposibilidad de pretender el cobro por el uso de sus espacios públicos, que en el Derecho Público se conoce como un canon. En definitiva, la jurisdicción local no podrá ejercer todo su *imperium* sobre estos terrenos de su dominio, deberá tolerar una servidumbre gratuita -en tanto no podrá cobrarle un canon al prestador del servicio- y tampoco podrá pretender el cobro de alguna tasa que suponga la contraprestación por el uso de estos bienes.

Reiteramos que no debe confundirse esta servidumbre forzosa con una invasión a la potestad tributaria de los Estados locales, que se mantienen intactas en la inteligencia del art. 39, mientras lo que se pretenda gravar no sea el uso de bienes públicos ³⁷.

No obstante, numerosos antecedentes jurisprudenciales han interpretado que esta norma consagraba la inmunidad fiscal del ser-

suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional”.

36 Art. 13 inc. 12.

37 Es que “el régimen de beneficios fiscales instituido por la ley nacional n° 19.798 no da lugar a una situación de inmunidad tributaria absoluta de las empresas de telecomunicaciones (para el caso que Telred pudiera ser considerada como tal) respecto de los tributos locales, lo que queda claramente demostrado por la doctrina de nuestro más Alto Tribunal reiterada en la causa: “Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Chascomús” -Fallos, 320:619-, sentencia del 18 de abril de 1997” (TSJ, “GCBA c/Telred Sudamericana SA s/ej. Fisc.-otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Exte. 6729/09, sentencia del 17 de marzo de 2010).

vicio de telecomunicaciones. Muchos otros han desnaturalizado la finalidad del instituto.

Cabe distinguir someramente, en tanto, dos conceptos distintos: canon y tributo.

Por un lado, el tributo entraña el ejercicio de las atribuciones presupuestarias y la potestad fiscal. En cambio, el canon trasunta el precio por el uso diferenciado de un espacio de dominio público. Su razón de ser radica en devolver a la comunidad una contraprestación por el uso privativo o exclusivo de un bien, al importar un menoscabo al uso común.

Los tributos son las prestaciones de dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines; y son pasibles de ser clasificados en tasas, contribuciones e impuestos ³⁸.

De esta forma, el canon tiene naturaleza contractual mientras que el tributo debe necesariamente anclar en una ley formal ³⁹.

Se ha dicho que no puede considerarse que el canon sea un impuesto; ello, por cuanto el impuesto como obligación es unilateral y quien lo paga no recibe beneficio alguno proveniente de ese hecho. En cambio el canon es una obligación que pesa sobre el concesionario que tiene el uso exclusivo de una porción de dominio público ⁴⁰.

El canon tampoco podría constituir una tasa, en la medida en que no se reciba servicio alguno en contraprestación ⁴¹. Las tasas, por lo demás, son contraprestaciones que encuentran su origen en una obli-

38 Cfme. el Modelo de Código Tributario para América Latina.

39 CSJN, *Fallos*, 318:1154.

40 DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, T. IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1969, p. 512.

41 CNCAF, Sala V, “General Industries Argentina v. Comisión Nacional de Comunicaciones -CNC- y otro”, sentencia del 22/04/2008.

gación legal, y resultan esencialmente coactivas ⁴²; situación que no se da en el caso de permisos -o servidumbres onerosas- de uso.

En la ciudad de Buenos Aires, el Código Fiscal gravaba el “uso y ocupación de la superficie, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo”. Si bien este gravamen ha sido eliminado y en su lugar se ha incorporado una tasa por inspección y verificación de las estructuras soporte de antenas, todavía subsisten litigios pendientes por los períodos englobados en el anterior texto ⁴³.

La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA sostuvo que al hallarse la totalidad de las antenas y estructuras emplazadas en dominios privados no usan ni ocupan el espacio aéreo público, por lo que no cabe estar al art. 39 de la ley de telecomunicaciones sino al Código Fiscal, que prevé expresamente el uso de espacio privado para la instalación de antenas fijando el canon correspondiente en el art. 32 de la Ley Tarifaria del año 2005. Así revocó la medida cautelar de grado que había concedido la cautelar ⁴⁴ y en definitiva mantuvo la vigencia del canon sobre espacios privados ⁴⁵.

La Sala II fue un poco más allá, y entendió verosímil el derecho de la actora en tanto “las instalaciones sujetas a gravamen según la demandada, se encontrarían ubicadas sobre propiedades particulares, y no sobre bienes del dominio público o privado del Estado. Así la lectura e interpretación armónica de la normativa tributaria local con la legislación nacional de fondo que regula la propiedad (para el caso, art. 2518 del Código Civil), abonaría -con el grado de

42 FONROUGE, GIULIANI, Carlos M., *Derecho Financiero*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 257.

43 OTEIZA, Mariano, “Uso de espacio público y privado para antenas”, LLCA-BA 2009 (octubre), 603.

44 Sala I CAyT en “IMPSAT S.A. contra GCBA sobre medida cautelar”, EXP 17719/1, 4 de abril de 2006.

45 En estas condiciones este “canon” pasa a ser un verdadero impuesto ya que no constituye una contraprestación por el uso de un espacio público.

provisionalidad inherente a este estadio procesal- la solución cautelar dispuesta en la instancia anterior”⁴⁶.

Luego la Sala I avanzó en sentido similar al entender que “en principio, las instalaciones sujetas a gravamen según la demandada, se encontrarían ubicadas sobre propiedades particulares, y no sobre bienes del dominio público o privado del Estado. Así la lectura e interpretación armónica de la normativa tributaria local con la legislación nacional de fondo que regula la propiedad (para el caso, art. 2518 del Código Civil), abonaría -con el grado de provisionalidad inherente a este estadio procesal- la solución cautelar dispuesta en la instancia anterior”⁴⁷.

La Corte Suprema de Justicia recientemente se ha pronunciado nuevamente sobre la cuestión, afirmando que “el tributo local aquí debatido constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incs. 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la Constitución Nacional), importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público, y en definitiva lesiona palmariamente el principio de supremacía legal del art. 31 de la Constitución Nacional (doctrina de *Fallos*, 137:212)”⁴⁸.

Agregó asimismo el Tribunal cimero que resulta improcedente exigir a la actora que demuestre frustración, dificultad o impedimento en la prestación del servicio licenciado para acceder a la devolución solicitada, toda vez que la pretensión fiscal local por sí

46 Sala II CAyT *in re* “Telecom Argentina SA contra GCBA sobre impugnación actos administrativos”, EXP 16163 /0, resolución del 21 de junio de 2005.

47 Sala I CAyT *in re* “COMSAT Argentina SA contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, EXP 23589 /0, resolución del 8 de abril de 2008.

48 CSJN, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Gral Pueyrredón s/repetición”, T. 11 LXLIII (REX) T. 332 XLII, sentencia del 23 de marzo de 2010.

sola importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga al servicio público telefónico ⁴⁹.

3. Bienes del dominio privado del Estado

Si los bienes son del dominio privado, nacional, provincial o municipal, la utilización para la prestación de servicios de telecomunicaciones se encontrará amparada por la ley, siempre que se trate de una *simple restricción al dominio* y no perjudique el uso o destino de los bienes afectados (v. art. 40 del decreto-ley de telecomunicaciones).

Mantiene el texto legal el principio de la gratuidad de la restricción, en la medida en que se mantenga como una mera restricción, y, como tal, mantenga la prioridad en el uso o destino del bien restringido. Es decir que la afectación de tales bienes al servicio de telecomunicaciones se tutelarán sin compensación alguna en tanto constituya una “simple restricción al dominio” ⁵⁰ privado del Estado. En el caso contrario, nos encontraremos frente a una servidumbre administrativa o ante una situación expropiatoria.

Siguiendo a MARIENHOFF ⁵¹, las restricciones al dominio pueden ser:

(i) “*Civiles*”, en cuanto contemplan intereses *privados*, que se concretan en relaciones de *vecindad*; tienden a proteger al “*vecino*”,

49 En este sentido, la Corte diferencia claramente la “exención del canon” del art. 39 del principio general de no interferencia contenido en el artículo 6° del decreto-ley de telecomunicaciones, que ya no se constriñe a los casos de uso de bienes de dominio público sino que abarca la totalidad del accionar provincial, municipal o de la Ciudad de Buenos Aires.

50 El art. 42 de la ley se condice con la pauta emergente del art. 39, al dejar sentado que en los bienes de dominio privado del Estado, el uso afectado al servicio público de telecomunicaciones no es *diferencial* como sí lo es en el dominio público.

51 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Lexis N° 2206/000417.

debiendo entenderse por “*vecino*” la persona o personas radicadas en forma contigua o próxima al lugar de donde procede el hecho perjudicial (ruidos molestos, malos olores, humareda, hollín, trepidaciones, etc.).

(ii) “*Administrativas*”, son las que refieren a intereses “*públicos*”, caracterizados por afectar, no a los “*vecinos*” entre sí (como ocurre en las restricciones “*civiles*”), sino a la “*comunidad*”, al respectivo grupo social (integrantes de un “*barrio*” -o de parte de él-, de una “*zona*”, de una “*comuna*”, etc.)⁵².

La distinción tiene influencia en el régimen jurídico de ellas, en la potestad para legislar a su respecto y en lo atinente a la jurisdicción en caso de contiendas.

4. Bienes del dominio de los particulares

También se identifican otras restricciones al dominio -en sentido amplio-, que si bien en una primera mirada parecen compartir las características de las servidumbres civiles -en la medida en que

52 En este punto, el autor cita a BULLRICH que ha expresado que en el Derecho Público las restricciones se fundan, no en el derecho de vecindad sino en el interés general de la comunidad (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo 2º, p. 257, Buenos Aires, 1932), a VILLEGAS BASAVILVASO (*Derecho Administrativo*, tomo 6º, pp. 60-62) y a MAYER, Otto (*Le droit administratif allemand*, tomo 3º, p. 301), quien entendió que las restricciones de Derecho Público no enfrentan a los propietarios entre sí, sino a los propietarios con la Administración Pública. MARIENHOFF agrega que el primer caso el destinatario de la norma es “*singular*” en número, o son personas “*determinables*”, por tratarse, precisamente, de “*vecinos*”, y que en el segundo caso el *destinatario* de la norma no es “*singular*” en número, ni “*determinable*”, pues tal destinatario es la *comunidad*, el público; y que “[l]a validez de una ‘restricción’ a la propiedad privada en interés público no sólo requiere que la autoridad que la imponga tenga ‘*competencia*’ para ello: es indispensable que la restricción *en sí* y el *medio* a través del cual se la hace efectiva, sean ‘*razonables*’”. Entre la restricción impuesta y el medio elegido para hacerla efectiva debe existir una obvia *proporcionalidad*: una adecuación sensata de dicho “*medio*” a la “*restricción*” impuesta, cuya comprobación constituye una cuestión de hecho (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Lexis N° 2206/000417).

rigen, en principio, relaciones de vecindad- luego advertiremos que se encuentran previstas en función de un interés federal, motivo por el cual su naturaleza es administrativa y su jurisdicción, federal ⁵³. Es el caso de la servidumbre de uso obligatoria prevista en el artículo 41 del decreto-ley 19.798/72. Este precepto establece que los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones tienen derecho a establecer sus instalaciones en o a través de inmuebles pertenecientes a particulares.

En todos los casos se tratará de obtener de los propietarios la conformidad que permita la utilización de sus inmuebles por parte del prestador del servicio público. El acuerdo tenderá a lograr la conciliación y de no arribarse a la conformidad de partes, el prestador del servicio público podrá gestionar la expropiación de las fracciones de inmuebles indispensables para establecer las instalaciones.

Si la expropiación fuese considerada innecesaria podrá establecerse, sobre las fracciones referidas, una servidumbre de uso obligatoria, en favor del prestador del servicio público, previo cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en la materia.

Naturalmente, esta serie de privilegios con que cuenta la infraestructura básica de telecomunicaciones no desplaza a la normativa local aplicable, en cuanto a la observancia de las reglas que en cada jurisdicción se establezcan para la obtención de la factibilidad urbanística necesaria para el emplazamiento de los tendidos aéreos o subterráneos ni mucho menos avanza sobre la potestad tributaria local.

Tampoco implicará un menoscabo en los derechos económicos del titular del dominio expropiado o limitado en el contenido perfecto de su derecho de propiedad, ya que percibirá una contraprestación por el titular de la servidumbre, en su caso. En efecto, en este caso -dominio privado de los particulares- no se habla de restricción al dominio propiamente dicha sino de servidumbres y hasta de expro-

53 Sobre este tipo de restricciones administrativas nos hemos ocupado en otra oportunidad (Ver MORTIER, Natalia, "Sí en su patio trasero: un caso de antenas y relaciones de vecindad", LLBA, 2009 (abril), 276.

piación, lo que excluye cualquier tipo de especulación de uso gratuito por parte del titular del servicio de telecomunicaciones.

5. El panorama local

¿Cómo se concretan estos derechos federales en el ámbito local?

En la Ciudad de Buenos Aires, el SIDIAU (Sistema Informático de Obras de Infraestructura y Arquitectura Urbana) consiste en una base de datos pública informática que, según manda la ley 1852, modificada por la 2680, almacenará y centralizará toda la información técnica referida a las instalaciones existentes y obras ejecutadas o en ejecución que afecten directa o indirectamente el espacio público de la Ciudad de Buenos Aires. A los efectos de la ley, se incluyen en la definición de espacio público la vía pública (calzada, veredas, cordones, calles, plazas, paseos), el espacio aéreo, el subsuelo, el espacio privado afectado por servidumbres administrativas, y los edificios que dependan del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Se entiende por obras de ingeniería y arquitectura urbana las construcciones, conservaciones, instalaciones y obras en general, incluyendo trabajos, y sus respectivos estudios y proyectos previos, que se ejecuten en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, que afecten directa o indirectamente, actual o potencialmente, el espacio público.

Según el art. 6 de la ley que lo crea, el SIDIAU estará dividido en las siguientes áreas: (1) *Vía pública y espacio aéreo*: “Contendrá un detalle de todas las obras en la vía pública o que afecten el espacio aéreo, la ubicación de las antenas emisoras o receptoras de señales de radiofrecuencia y sus estructuras portantes ⁵⁴, así como la ubicación de cualquier tipo de tendido aéreo de cable. Dicha información se plasmará: en un ‘Mapa de Obras de la Ciudad

⁵⁴ Se entiende por el régimen general de la ley y la finalidad que persiguen sus disposiciones, que la competencia en esta materia se limita a las estructuras portantes de antenas implantadas en la vía pública o en el espacio aéreo público, supuestos difíciles de imaginar, por lo que advertimos cierta deficiencia legislativa en este precepto.

Autónoma de Buenos Aires' para permitir un mejor ordenamiento, administración y coordinación, simplificando el procedimiento de registración, emisión, seguimiento y control de permisos de apertura en la vía pública, agilizando la búsqueda e intercambio de información. Asimismo contará con la siguiente información: 1) Empresas que ejecutan obras en la vía pública; 2) Representantes técnicos; 3) Antecedentes; 4) Sanciones y multas; 5) Permisos de aperturas de vía pública y documentación de obra. Con respecto a las antenas emisoras o retransmisoras de señales de radiofrecuencia deberá incorporarse, además, la información sobre la radiación que emiten, tanto en forma individual como concurrente con las antenas próximas"; (2) *Instalaciones y servicios públicos subterráneos*: "Contendrá un detalle de todas las Instalaciones y obras subterráneas. Incorporará los planos de instalaciones y conductos subterráneos. Dicha información se mantendrá actualizada en forma permanente a través de un 'Mapa Informático de Instalaciones Subterráneas de la Ciudad de Buenos Aires', que incluirá además las nuevas instalaciones subterráneas o sus remociones o modificaciones". (3) *Edificios públicos*⁵⁵: "Contendrá un detalle de todas las obras relacionadas con edificios públicos. Se detallarán todos los edificios públicos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o que se encuentren afectados al uso del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El sistema informático incluirá la ubicación, características edilicias, destino, dependencias del Gobierno que funcionan en el mismo, información de dominio y situación de ocupación".

Asimismo, la norma crea obligaciones de suministro de información al SIDIAU, multas por su incumplimiento así como por el inicio de obras sin permiso. El cobro de las multas se realizará por la vía ejecutiva.

En otro orden, el artículo 3° de la ley 210, en su inciso *m* confiere atribuciones al Ente Único Regulador de Servicios Públicos para

55 Estos supuestos son los menos usuales, pero en no pocas ocasiones se instalan estaciones de radiofrecuencia en edificios públicos, por lo que también resulta de interés a los fines de este trabajo.

“[c]ontrolar el estado de las instalaciones de transporte local y redes de distribución en la vía pública tanto en el espacio aéreo como subterráneo respecto de los servicios públicos locales y supervisar los **tendidos de los interjurisdiccionales**, a los efectos de velar por la seguridad y el resguardo ambiental”⁵⁶. En otro artículo -2° inciso g- entiende a la *televisión por cable*⁵⁷ y al *servicio de transmisión de datos* como servicios públicos “locales” a los efectos de la aplicación de la ley y otorga al Ente las facultades de control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la Administración central o descentralizada o por terceros, así como el seguimiento de los servicios cuya fiscalización realice la Ciudad de Buenos Aires en forma concurrente con otras jurisdicciones.

Esta ley también otorga potestades sancionatorias al Ente respecto de los titulares de los servicios regulados, y en el supuesto de aplicarse multas la interposición del recurso directo ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires opera con efecto suspensivo a partir de la modificación operada con la ley 2435.

En el caso de las estructuras soporte de antenas⁵⁸ la normativa es de mayor densidad aun ya que la regulación federal sobre este

56 En otro lugar hemos advertido sobre la posibilidad de superposición de las facultades que confiere esta ley, y otra normativa local y federal (Ver “Algunas reflexiones sobre el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, su concepción y sus conflictos”, en la Revista *ADA Ciudad*, n° 1, año 2007, pág. 151/167).

57 Si bien, mientras se mantenga la cuestionada división entre las materias radiodifusión y telecomunicaciones la televisión por cable no integra el concepto de los servicios de comunicación audiovisual.

58 Es necesario como primer punto aclarar, tal como lo hiciéramos en una oportunidad anterior, que corresponde diferenciar entre antena y la estructura que le hace de soporte. La antena es el dispositivo que irradia y recibe las ondas radioeléctricas, permitiendo de ese modo establecer la telecomunicación. En cambio, la estructura es el sostén que soporta la antena y puede ser de distintas tipologías, las que dependerán de la necesidad de altura de la antena, del predio donde ha de instalarse y de las características del terreno y espacio lindante, en-

tipo de instalaciones es más intensa desde que constituye una fuente de emisión de radiaciones. De tal modo la línea divisoria entre facultades del Estado local y Estado federal pierde un poco su definición.

Si bien naturalmente las antenas deben adecuarse a los requerimientos que en materia local disponga la jurisdicción de que se trate en cuanto a pautas urbanísticas y ambientales, ello no deberá desnaturalizar la finalidad de la red y en tal sentido su emplazamiento deberá respetar las *coordinadas de instalación* en las que fue autorizada la estación radioeléctrica (antena) por la autoridad federal a fin de mantener la calidad de la prestación del servicio de comunicaciones móviles -jurisdicción federal-. Es que el camino ⁵⁹ por el que se desplaza la onda de radiofrecuencia es angosto y lleno de obstáculos o limitaciones técnicas.

Incluso, queda bajo la órbita de la autoridad federal verificar concurrentemente con las autoridades locales la altura de la torre, en la medida en que la primera constata que la torre se ajuste a las

tre otros factores. En efecto, las estructuras pueden ser monopostes, torres auto-soportadas, mástiles o pedestales. Estas distinciones son importantes, por cuanto dependiendo de la estructura sobre la que se asiente la antena le impactará un diferente régimen para su instalación, ya por ejemplo en la Ciudad de Buenos Aires el Acuerdo 328/09 del Consejo del Plan Urbano Ambiental que regula la localización de las estructuras soporte de antenas de radio las diferencia y contiene específicas directivas para cada una de las tipologías de estructuras soporte. La Ordenanza 10.518 de la Municipalidad de Lanús también efectúa un distingo de las tipologías de estructuras soporte. Por otra parte, la antena en sí misma e independientemente de su soporte, y exista o no éste, presenta una regulación específica y autónoma. Esta regulación está sustentada no ya en la problemática de la localización sino exclusivamente en el control de las emisiones radioeléctricas (vgr. Resolución 202/95 del Ministerio de Salud de la Nación y Resolución 3690/04 de la Comisión Nacional de Comunicaciones).

59 Esta carretera es el espectro radioeléctrico, medio por el que circula la energía. El espectro no tiene existencia real y constituye una abstracción para clasificar las diversas formas de energía irradiante por sus características y cuantificarlas por su longitud de onda y frecuencia (ZAFFORE, Jorge, *Información Social: Derecho y Regulación*, Depalma, 2000, nota 3, p. 195).

“alturas máximas permitidas de estructuras soportes de antenas destinadas a la instalación y funcionamiento de estaciones radioeléctricas” establecidas por la Secretaría de Comunicaciones de la Nación mediante la resolución 46/84, modificada por las resoluciones CNC 2194/99 y 1301/00.

Ahora bien, no nos encontramos ya ante un tendido de una red federal interconectada físicamente, sino que lo que se instala en el dominio público nacional, provincial o municipal es una estructura soporte de antena que se vinculará con el sistema nacional de telecomunicaciones a través del espectro radioeléctrico ⁶⁰. La gran diferencia está dada por la ocupación, ya que si bien es cierto que los tendidos aéreos o subterráneos limitan el goce público del espacio, la realidad es que para la comunidad la implantación de una estructura soporte de antena ⁶¹ resulta incompatible con el uso público del predio ocupado y circundante ⁶². Es por ello que resulta impensada la instalación de una torre de esta naturaleza, por ejemplo, en una plaza pública.

60 El espectro radioeléctrico es el conjunto de frecuencias radioeléctricas, es decir que se propagan en el espacio sin guía artificial. Las frecuencias son limitadas, por lo que se dice repetidamente que el espectro radioeléctrico es un recurso finito, limitado y escaso. Puede conceptuarse a las frecuencias como los canales por donde transitan las emisiones de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión -o medios audiovisuales-; y su planificación debe ser extremadamente rigurosa ya que su mala administración puede llegar a ocasionar serios perjuicios a la comunidad, tales como interferencias a otras estaciones, a otro tipo de aparatos domésticos, comunicaciones, contaminación sonora y riesgos a la aeronavegación, por citar algunos ejemplos (CERVIO, Guillermo, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 168 y ss.). Ampliar en KEMMETER, Alejandro P., “Régimen jurídico del espectro radioeléctrico argentino”, Vol. 285, Ed. RAP, Buenos Aires, 2002.

61 Para una idea más concreta del punto, ver el Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias de Argentina en http://www.ingenieria.org.ar/images/archivos/cuadro_de_asignacion_de_frecuencias.pdf.

62 La Comisión Nacional de Comunicaciones determina los niveles de radiación admitidos y, de corresponder, los metros límite de exposición. Ver al respecto la actual resolución CNC n° 3690/04.

A tenor de tales premisas, el debate sobre si la limitación del dominio del art. 39 del decreto-ley de telecomunicaciones alcanza a la telefonía móvil resulta, en la práctica, estéril, en la medida en que este tipo de estructuras se instala en inmuebles privados, es decir, en bienes del dominio privado de particulares y no del Estado. En tales supuestos, al no encontrarse en juego bienes de dominio público la discusión aquí deberá centrarse sobre la aplicabilidad a este tipo de instalaciones de las pautas previstas en el art. 41 del decreto-ley de telecomunicaciones.

Para aportar a tal debate, deberemos en primer lugar volver al intríngulis de qué servicios son considerados servicios públicos de telecomunicaciones y si, dentro de tal categoría, cabe considerar a los servicios de radiocomunicaciones móviles⁶³. No debe soslayarse que incluso algún antecedente jurisprudencial aislado ha considerado dentro del art. 39 a los servicios de radiodifusión⁶⁴. La san-

63 FARGOSI, Alejandro-CASTELLANO TERZ, María Fernanda, “Telecomunicaciones y servicios públicos”, JA 2007-II-1177.

64 En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en autos “Supercanal S.A. y otros c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/Ac. de Inc.”, sentencia del 20/2/07, declaró la inconstitucionalidad del art. 55, inc. 11 de la ley provincial 6648, por medio del cual se había derogado -en el año 1999- una exención en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos que beneficiaba a las “emisoras de radiotelefonía y televisión (abierta y cerrada)”. El tribunal consideró que “... atento lo dispuesto por el art. 56 de la ley 22.285 el servicio de televisión prestado por las empresas accionantes ha sido considerado como parte integrante del servicio público de telecomunicaciones, por lo que corresponde brindarle idéntico tratamiento al establecido por el art. 39 de la ley 19.798. Es decir que los actores se encuentran habilitados para invocar la inmunidad fiscal establecida en la citada norma ya que la derogación de la exención del pago de los ingresos brutos establecidas por el art. 55, inc. 11 de la ley 6648 constituye una doble imposición atento que las empresas como prestadoras del servicio complementario de radiodifusión de televisión por cable están sujetas a la jurisdicción nacional (art. 2 de la ley 22.285) y como tal deben abonar el gravamen establecido en el art. 73 de la ley 22.285...”. Si bien la tecnología del siglo XXI hubiese permitido plasmar en un mismo texto legal la regulación tanto de los servicios de telecomunicaciones cuanto los de radiodifusión, Argentina optó por un modelo diferenciado para los servicios de comunicación audiovisual -antes radiodifusión- en la oportunidad de

ción de la nueva ley de medios seguramente echará fuego sobre una cuestión de gran interés para los prestadores y los gobiernos locales, que no existía en el anterior régimen ⁶⁵. De tal modo, su artículo 163 “*Limitaciones*” prevé que “[l]as jurisdicciones provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las municipalidades no podrán imponer condiciones de funcionamiento y gravámenes especiales que dificulten la prestación de los servicios reglados por la presente ley, sin perjuicio de sus propias competencias” ⁶⁶.

Yendo al plano local, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una instalación de este tipo requiere el cumplimiento de requisitos adicionales atento los riesgos medioambientales asociados, que sólo se mencionarán someramente a efectos de no trascender las limitaciones de este trabajo.

Previo a todo se deberá obtener la conformidad con el uso del suelo. Esto es, que el tipo y morfología de la estructura se encuentren aprobados por el Código de Planeamiento Urbano. Este tipo de prohibición, en el caso de zonas vedadas por este cuerpo legal, deberá meritarse el interés general de la población en el disfrute del servicio ⁶⁷.

Luego de la conformidad urbanística, obtenida con o sin intervención del Consejo del Plan Urbano Ambiental ⁶⁸, deberán aprobarse los planos de la instalación en la Dirección General de Registro de Obras y Catastro (DGROC) y obtenerse el certificado de

modificarse el anterior régimen mediante la ley 26.522. Si bien la convergencia es un hecho y las posibilidades que otorga el “camino digital” son enormes y variadas, el legislador ha elegido mantener las aguas separadas por el momento.

65 Decreto-ley 22.285/80.

66 El art. 165 de la ley 26.522 declara de orden público las disposiciones de la ley y son nulos de pleno derecho los actos jurídicos que las violaren.

67 De allí que el Acuerdo 328 CPUAM/09 autoriza la instalación de determinados tipos de soportes de antenas incluso en Áreas de Protección Histórica (APH) y Urbanización Parque (UP).

68 Conforme lo prevé el Acuerdo 328 CPUAM/09.

aptitud ambiental por parte de la Agencia de Protección Ambiental en los términos de la ley 123 (y mod.)⁶⁹.

La Resolución n°1/2008 de la Agencia de Protección Ambiental establece un procedimiento único para la autorización de este tipo de instalaciones, que debe complementarse con la normativa que rige la actuación del Consejo del Plan Urbano Ambiental.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, por el contrario, la empresa tramitará ante el municipio la respectiva autorización urbanística y sólo una vez que la comuna le otorgue la factibilidad podrá activar ya ante las autoridades provinciales -hoy Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS)- la tramitación del “Permiso de Instalación y Funcionamiento”. Este último aspecto se encuentra regulado por la resolución SPA 144/07⁷⁰. Ello no obstará, naturalmente, a que la empresa deba tramitar su aptitud ambiental, en los términos de la ley general 11.723.

69 Un pormenorizado estudio sobre el procedimiento de impacto ambiental de los porteños y su recepción jurisprudencial ha realizado la Dra. Mabel DANIELE en su tesina de posgrado de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la UBA (DANIELE, N. Mabel, *El procedimiento técnico-administrativo de impacto ambiental y su control en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, actualmente en edición).

70 Para más detalles sobre este tipo de autorizaciones ver MORTIER, Natalia “Sí en su patio trasero: un caso de antenas y relaciones de vecindad”, cit.