

# **La problemática jurídica de las antenas de telefonía móvil: conflictos competenciales, daño a la salud, tributación, derecho a la extensión de redes y métodos para la optimización de su uso**

Por Esteban Russell y Eliseo Segura.

- 1. Origen y evolución de la Telefonía móvil en Argentina.*
- 2. Las radiocomunicaciones. El espectro radioeléctrico: titularidad y usos.*
- 3. La necesidad de las estructuras de antenas de telefonía móvil.*
- 4. La cuestión competencial. Introducción. El sistema federal y la división de poderes.*
  - 4.1. La competencia federal del servicio de telecomunicaciones.*
  - 4.2. El principio de prevalencia federal.*
  - 4.3. Algunos casos emblemáticos.*
    - 4.3.1. Municipalidad de Lanús.*
    - 4.3.2. Municipalidad de Ituzaingó.*
    - 4.3.3. Provincia de Santa Fe.*
  - 4.4. Conclusiones.*
- 5. Normativa aplicable.*
  - 5.1. Normas regulatorias del sector de las telecomunicaciones. Diferenciación entre las “EDSA” y las frecuencias emitidas por la antena.*
    - 5.1.1. El servicio y las radiaciones.*
    - 5.1.2. Las EDSA.*
  - 5.2. Normas relacionadas con la supuesta afectación de la salud que producirían las radiaciones emitidas por las antenas de telefonía móvil.*
    - 5.2.1. Introducción. Normativa aplicable.*

5.2.2. *Las radiaciones no ionizantes. La potencia emitida en la telefonía celular. El principio de autolimitación de la potencia emitida.*

5.2.3. *Conclusiones.*

5.3. *Normas relacionadas con la ubicación de las estructuras dentro del ejido municipal (impacto ambiental y zonificación).*

5.4. *Normas que tratan la tributación sobre las “EDSA” y las antenas.*

5.4.1. *Conclusiones.*

5.5. *Normas relacionadas con la altura y especificaciones de seguridad, sancionadas por la Fuerza Aérea Argentina.*

6. *El derecho de las operadoras móviles a extender sus redes.*

6.1. *Libertad de comercio (art. 14 CN).*

6.2. *Ley de telecomunicaciones.*

6.3. *El interés público involucrado en la expansión de las redes de telecomunicaciones.*

6.4. *Obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los pliegos: cobertura y calidad del servicio.*

6.5. *¿Es coherente un sistema de Licencias accesibles con el entorpecimiento a la extensión de redes de telecomunicaciones?*

6.6. *Extensión de redes de telecomunicaciones y defensa de la competencia.*

7. *Métodos para optimizar la utilización de las redes móviles.*

7.1. *Operadores Móviles Virtuales.*

7.1.1. *Definición. Competencia en redes y competencia en servicios.*

7.1.2. *¿Es posible jurídicamente la entrada de OMV en Argentina?*

7.1.3. *¿Es conveniente la entrada de OMV en Argentina?*

7.2. *Uso Conjunto.*

7.2.1. *La Coubicación.*

7.2.2. *El Uso Conjunto. Distinción con la Coubicación.*

7.2.3. *Intensidad de la obligación del otorgamiento del Uso Conjunto.*

## *8. Conclusión y postulados.*

### **1. Origen y evolución de la Telefonía móvil en Argentina**

El primero de los servicios que aparece en Argentina es el denominado Servicio de Radiocomunicaciones Móvil Celular (SRMC), objeto del Concurso Público N° 1/88, anterior al proceso de privatización que se encara en el año 1989 con la sanción de la Ley 23.696. En el citado Concurso resultó adjudicatario Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. (Movicom), para explotar el SRMC en el Área Múltiple Buenos Aires (AMBA), La Plata y Corredor Buenos Aires-La Plata (con posterioridad se extendió al corredor Buenos Aires-Zarate).

El proceso iniciado con la sanción de la Ley 23.696 desembocó en la privatización de la prestación de los servicios de la empresa estatal ENTEL, mediante Concurso Internacional sujeto al Pliego de Bases y Condiciones aprobado por Decreto 62/90 y sus modificatorios.

El citado Pliego reconoce la situación preexistente y establece las condiciones para la adjudicación de nuevas licencias. En efecto, sobre la base de las disposiciones del Pliego y del Decreto 506/92, se estableció que las Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico (LSB), explotaran la segunda banda del SRMC en la región del AMBA y su extensión a través de una sociedad independiente (Miniphone) propiedad de las LSB. También se determinó que las LSB pudieran operar la segunda banda del SRMC en la Región sobre la que poseían licencia para prestar el servicio básico telefónico, prohibiéndoseles la participación directa o indirecta de cada una de ellas en la segunda banda de la zona sobre la que no tenía licencia.

Asimismo, estableció las condiciones para el llamado a concurso para la operación de la primera banda del Servicio de Telefonía Móvil (STM). A los fines de dicho

proceso licitatorio se dictó el Decreto 663/92 y la Resolución 575 MEOySP/94, ratificada por Decreto 1461/93, y se aprobó el Pliego del STM.

En virtud de las normas hasta aquí citadas, la explotación de la segunda banda del SRMC en el AMBA extendido comenzó a ser efectuada por Miniphone S.A. en virtud de la licencia concedida por Resolución CNT 2412/92. Asimismo, por Concurso 1/93 se adjudicaron las licencias para la explotación de la primera banda (Banda B) del STM, en las dos regiones en que se dividió el país, con exclusión del AMBA extendido, a la Compañía de Teléfonos del Interior S.A., que al resultar ganadora en ambas regiones y por disposiciones del Pliego debió escindirse en dos sociedades, CTI Compañía de Teléfonos del Interior S.A. y CTI Norte Compañía de Teléfonos del Interior S.A.

Para la segunda banda (Banda A) del STM se otorgaron licencias a Telefónica Comunicaciones Personales S.A. (TCP) mediante Resolución 35 SETyC/96, y a Telecom Personal S.A. por Resolución 11 SETyC/95.

La Resolución SECOM N° 60/96 sancionó el Reglamento General para el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) y el Pliego de Bases, Condiciones Generales y Particulares del Concurso Público Nacional e Internacional para la Adjudicación de Licencias para PCS en el AMBA y su extensión (Área II).

De acuerdo con la citada Resolución se llamó a concurso para la licitación de dos licencias de PCS en el AMBA de 40 MHZ cada una, teniendo los actuales licenciatarios del SRMC la opción de adquirir una banda adicional de 20 MHZ cada uno<sup>1</sup>. El Decreto 266/98 del 10/3/98 modifica el Reglamento del PCS y el Pliego y contiene como Anexos los Textos Ordenados de las citadas disposiciones.

---

<sup>1</sup> Paralelamente a los hechos descriptos precedentemente cabe destacar la evolución sufrida por el régimen del Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (SRCE o *Trunking*). En efecto, el SRCE estaba concebido para el tráfico de despacho de flotas, posibilitando comunicaciones grupales o individuales con sus bases y entre los móviles que las integran. Era un servicio para clientes de redes, donde la interconexión con la red pública telefónica era una prestación adicional, restringida sólo a algunas terminales de las flotas y para una pequeña proporción del tráfico. Estas

En julio de 1999 se realizó la subasta de las bandas AA' y BB' para el AMBA, resultando adjudicatarios Unifón y Telecom Personal, presentada en forma conjunta, y GTE PCS2. Asimismo, CRM hizo uso de la opción de compra conferida por el punto 17.2 del Pliego, asignándosele consecuentemente la banda CC'3.

En el interior, obtuvieron la licencia en el Area I Unifón y Movicom, y en el Area III a Movicom y Personal. Posteriormente, CTI la obtuvo para las Areas I y III, y Personal en el Area III. De este modo, las cuatro empresas citadas (Unifón, Movicom, Personal y CTI) brindan actualmente el servicio en todo el país<sup>4</sup>.

## **2. Las radiocomunicaciones. El espectro radioeléctrico: titularidad y usos.**

La Ley 19.798 define a la telecomunicación como *“Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o*

---

características del SRCE eran receptadas en su reglamentación original aprobada por la Resolución N° 1815 CNT/96 en su versión original, sin embargo, dicha reglamentación sufrió una serie de modificaciones a partir de las Resoluciones 26.870/96, 844/97, 2670/97, que sumadas a las de las Resoluciones SECOM N° 60/96, 60/97 y sus modificatorias, llevaron a desdibujar la naturaleza propia del servicio con respecto al SRMC, STM o PCS. La consagración definitiva de este cambio de naturaleza fue efectuada por el art. 28 del Reglamento de Frecuencias, que estipula: *“El titular de frecuencias, en una banda determinada, destinadas a la prestación de uno o varios servicios, que solicite el uso de esas frecuencias para brindar un servicio distinto, por el que otros Prestadores hubieran abonado un precio o comprometido coberturas, plazos de puesta en servicio y/ o inversiones, en bandas de características similares en capacidad y uso, deberá: a) abonar al Estado Nacional un valor proporcional al uso remanente posible de esas frecuencias para los nuevos servicios solicitados y al precio promedio abonado por aquellos Prestadores, en similares plazos y condiciones y, de corresponder, b) dar cumplimiento a similares obligaciones o compromisos a los asumidos por esos Prestadores. El monto a pagar y/o los compromisos a asumir serán determinados por la Autoridad de Aplicación en función de esos criterios, del ancho de banda a utilizar y del área de cobertura de que se trate. Esta obligación quedará sin efecto una vez cumplidos CUATRO (4) años, contados a partir de la publicación de la presente”.*

2. Cfr. COLOMBO, Hernán, op. cit. , pág. 196.

3 Posteriormente la Resolución SECOM 18.952/99 autorizó la escisión de Miniphone, otorgando su licencia a Unifón y Telecom Personal, sus continuadoras.

*informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos*". Dentro del género "telecomunicaciones" se encuentra la especie "radiocomunicación", definida por la misma ley como "Toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radioeléctricas<sup>5</sup>". Asimismo, las ondas radioeléctricas son cursadas a través del espectro radioeléctrico<sup>6</sup> 7. Si

---

4 En rigor, luego de la aprobación por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Resolución SCT 196/04) y de la SECOM (Resolución 268/04) de la operación de concentración económica de Unifón y Movicom, serían tres los operadores celulares que cubren todo el país.

5 La misma definición fue adoptada por el inciso "L" del art. tercero del Reglamento de Frecuencias aprobado por el Decreto 764/00.

6 Definido por el inciso "G" del art. tercero del Reglamento de Frecuencias como "el conjunto de las ondas radioeléctricas u ondas hertzianas, sin solución de continuidad, entendiéndose por tales a las ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 GHz, que se propagan en el espacio sin guía artificial".

7 Existe un interesante debate basado en la existencia o inexistencia como "cosa" del Espectro Radioeléctrico. Este debate tiene importantes consecuencias jurídicas, ya que si no es una cosa no puede ser susceptible de apropiación. De Kemmeter ha expresado que "desde el punto de vista jurídico, el espectro radioeléctrico no es una cosa. La asignación de una frecuencia a un determinado servicio implica que este puede emitir señales en una determinada frecuencia, pero la onda de frecuencia no puede, en sí misma, ser susceptible de apropiación" (DE KEMMETER, Alejandro, "Régimen jurídico del espectro radioeléctrico en la República Argentina", Revista del Régimen de la Administración pública, N° 285, página 51). Puede verse una reseña de esta controversia en Argentina en CERVIO, Guillermo, "Derecho de las Telecomunicaciones", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996, página 169. En España, Ariño ha opinado en contra de la posibilidad de declarar el dominio del espectro (ARIÑO, Gaspar, "El proyecto de ley sobre televisión privada", IEE, Madrid, 1987, pág. 108 y ss.), y Chinchilla a favor (CHINCHILLA, C., "La radiotelevisión como servicio público esencial", Tecnos. Madrid, 1988, pág. 121). Molina Giménez (MOLINA GIMÉNEZ, Andrés, "LAS ANTENAS DE TELEFONIA MOVIL, REGIMEN JURIDICO", Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 58) aclara que el debate es tanto sobre si el objeto del posible derecho de dominio es el espectro radioeléctrico en sí mismo o las ondas que por él se propagan, como si puede recaer sobre éstos –cualquiera sea- el derecho de dominio, por ser considerados "cosas" o no. En nuestra opinión, estas disputas quizá sean fútiles, ya que si – tomemos esta hipótesis - no se pudiera detentar propiedad sobre determinada banda de frecuencias, sí puede ostentarse el "derecho exclusivo" a emitir en esa banda de frecuencias, y esto es lo verdaderamente relevante. Lo importante es la exclusividad en la "emisión", la "radiación", el derecho a "emitir" o "radiar" en forma exclusiva, no la "radiación emitida" o mejor dicho, "el espectro afectado para esa radiación". Puede trazarse un paralelo con las concesiones de rutas aéreas. El espacio aéreo es utilizado por los aviones de la empresa concesionada, pero no se ha discutido en el derecho aeronáutico sobre el carácter de "cosa" de los cielos o el aire y sobre su capacidad de ser objeto de derechos de propiedad. Sencillamente, se entiende que los aviones de la empresa concesionada tienen el derecho de cursar en forma exclusiva la ruta aérea otorgada. Del mismo modo debería procederse con el espectro: los licenciarios de determinada frecuencia deben ostentar el derecho de emitir en forma exclusiva en la banda concesionada, y esto es lo realmente significativo.

bien la legislación argentina no ha definido expresamente el dominio público o propiedad estatal del espectro (sin perjuicio de alguna doctrina que lo afirma<sup>8</sup>), sí ha definido la administración del mismo en el art. 5 del Reglamento de Frecuencias<sup>9</sup> 10. Desde el punto de vista práctico, la distinción entre dominio y administración no sería relevante. Consideramos pertinente aclarar que el Espectro es un recurso cuya administración corresponde indelegablemente<sup>11</sup> al

---

8 DIEZ, Manuel, “Servicio Público de Radiodifusión”, Abeledo, Buenos Aires, 1950, p. 24

9 El citado art. 5.1. expresa: “*El Espectro Radioeléctrico es un recurso intangible, escaso y limitado, cuya administración es responsabilidad indelegable del Estado Nacional*”. En cuanto al derecho comparado, el art. 7 de la Ley Portuguesa 87/88 establece, “*el espectro radioeléctrico es parte integrante del dominio público del Estado*”, y del art. 10 de la Ley Francesa, puede leerse que “*la utilización por los titulares de una autorización de frecuencias radioeléctricas disponibles en el territorio de la república, constituye un modo de ocupación privativo del dominio público del Estado*”. Sin perjuicio de las normas reseñadas, cabe señalar que la Unión Internacional de Telecomunicaciones ha definido el espectro radioeléctrico como patrimonio de la humanidad, siendo los Estados sus administradores.

10 El art. 124 de la CN reza: “*Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”. Basadas en esta norma, las provincias de Chubut y Tierra del Fuego (art. 88 en ambas) han sancionado en sus respectivas Constituciones que el espectro es “*un recurso natural de dominio público*”, reservándose la primera de ellas el “*ejercicio del poder de policía*” y su “*planificación coordinada con el Estado Nacional*”, y la segunda “*el derecho de legislar en materia de televisión y radiodifusión*” (ver SCHIFER Claudio y PORTO Ricardo, “Telecomunicaciones - Marco Regulatorio”, El Derecho, Buenos Aires, 2002, pág. 191). Frente a estas normas podría enarbolarse el art. 2340 del Código Civil, que no incluye el espectro entre los bienes de dominio público. Por otro lado y sin perjuicio de lo expuesto, dominio público y jurisdicción denotan conceptos distintos, que pueden ser disociados. El dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien, mientras que la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar lo atinente al uso de dicha cosa o bien (MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo IV, Págs. 39, 507 y 701). La CSJN tiene dicho que en estos asuntos la jurisdicción es federal, en Fallos 154:104; 188:247 y 269:92. También considérense los artículos 2 y 3 de la Ley Nacional de Radiodifusión Nro. 22.285, donde expresamente se establece que “*los servicios de radiodifusión estarán sujetos a la jurisdicción Nacional*” y que “*La administración de frecuencias y la orientación, promoción y control de los servicios de radiodifusión son competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional*”. También en este sentido se ha expresado SIEGLER, Pedro en “Radiotelevisión Argentina: algunas reflexiones constitucionales” (ED 82-871).

11 Existe importante doctrina que sostiene que el espectro debería ser pasible de propiedad privada. Sobre el particular puede verse POSTNER, Richard, “El Análisis Económico del Derecho”, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, Segunda Parte, Punto 4, y HUICI, Héctor, “*Towards a more efficient assignment of the spectrum*” (<http://www.its2000.org.ar/conference/huici.pdf>), ponencia presentada en la Conferencia de la International Telecommunications Society, en 2000 en Buenos Aires. Sobre el spectrum trading, puede verse la postura de VALLETI, Tommaso, “*Spectrum trading*”, en [http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/spectrum\\_trading.pdf](http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/spectrum_trading.pdf).

Estado, en virtud de lo cual las autorizaciones y/o permisos de uso de frecuencias se otorgan con carácter precario<sup>12</sup>.

El espectro radioeléctrico es utilizado para numerosas funciones<sup>13</sup>: telecomunicaciones (vgr. telefonía domiciliaria, celular, transmisión de datos), radiodifusión (vgr. televisión terrenal y satelital<sup>14</sup>, radio), transporte (vgr. control de tráfico aéreo, transporte marítimo), defensa y seguridad (vgr. radares, policía, bomberos), investigación y desarrollo (vgr. observación de la tierra, radioastronomía).

Con respecto a los modos de adjudicación de las porciones del espectro, el Reglamento de Frecuencias establece dos formas posibles: concursos o subastas públicas, o “a demanda”<sup>15</sup>.

### **3. La necesidad de las estructuras de antenas de telefonía móvil.**

Es relevante considerar que las comunicaciones inalámbricas<sup>16</sup> o radiocomunicaciones se transmiten por el espectro radioeléctrico y no por cables,

---

12 La precariedad no afecta la Licencia del prestador de servicios de telecomunicaciones (que es sin límite de tiempo de acuerdo al art. 4.1 del Reglamento de Licencias) sino a la autorización de uso de las frecuencias (cfr. art. 70 de la LNT, art. 5.2 del Reglamento de Frecuencias y Resoluciones SECOM 163/96 y 3738/97). En el caso de servicios de radiocomunicaciones (esto es, telecomunicaciones que utilizan frecuencias) esta disociación podría calificarse como inconsistente, ya que ambas deberían quizá revocarse por causas fundadas y en el ámbito de un procedimiento administrativo. En este sentido, existen, sin necesidad de recurrir a la “precariedad”, sólidos institutos jurídicos que permiten al Estado concedente revocar una autorización de uso de frecuencia y una licencia de prestación por diferentes motivos (tales como la acreditación de la nulidad de acto de otorgamiento, la comisión de infracciones graves y reiteradas, e incluso por razones de oportunidad, mérito y conveniencia - siendo éste último indemnizable -). Sobre la procedencia y amplitud de la reparación en los casos de responsabilidad del Estado por actos lícitos, véanse los siguientes precedentes de la CSJN: S.A. Corporación Inversora Los Pinos/Municipalidad de Buenos Aires, Mario Elbio Canton/Estado Nacional, Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A./Dirección Nacional de Vialidad, Motor Once S.A./Municipalidad de Buenos Aires y Jucalán Forestal Agropecuaria S.A./Provincia de Buenos Aires.

13 Cfr. documentación entregada en el Foro Electrónico “La regulación de las telecomunicaciones II”, organizado por la Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones de la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones) en 2000.

14 Excluimos, por ser alámbrica, la televisión por cable.

15 Ver art. octavo y siguientes.

16 El Decreto 764/00 utiliza más la expresión “comunicación inalámbrica” que “radiocomunicación”.

por lo que es axiomática la necesidad de contar con “Estructuras de Soporte de Antenas” o “Radiobases” para que, al instalar sobre ellas las “antenas” propiamente dichas, éstas sirvan las comunicaciones con otras Radiobases, o con estaciones móviles<sup>17</sup>.

En el caso específico de las comunicaciones celulares, las Estructuras son necesarias para servir las llamadas hacia y desde los teléfonos móviles. Estas Estructuras de Antenas deben ubicarse necesariamente allí donde el servicio requiera ser prestado.

Entendemos que debe diferenciarse antes de adentrarse en el asunto, a la “Estructura de Soporte de Antenas” (“EDSA”) de la “Antena Irradiante” propiamente dicha. La EDSA es la obra civil, generalmente de gran porte<sup>18</sup>, que se emplaza a fin de lograr cierta altura y firmeza para la instalación posterior de la antena. En efecto, sobre la EDSA se instala la antena propiamente dicha, que es el elemento técnico - de tamaño reducido - que cumple la función de irradiar la comunicación hacia el móvil, y de tomar la radiación que éste emite, cursando así las comunicaciones<sup>19</sup>.

#### **4. La cuestión competencial. Introducción. El sistema federal y la división de poderes.**

---

17 Los servicios de radiocomunicaciones se clasifican en fijos (entre estaciones fijas) y móviles (entre estaciones fijas y estaciones móviles, o entre estaciones móviles entre sí), cfr. Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT.

18 Existen distintas morfologías de Estructuras Portantes de Antenas, que podríamos clasificar en dos grandes grupos. El primero de ellos lo constituyen las “de base” o “de tierra”, que incluyen a la “arriostrada” (con riendas), la “autosoportada” (de tres caras), y al “monoposte” (tubular). Luego se encuentran aquellas montadas sobre edificios o estructuras preexistentes, también llamadas “*roof top*”. Dentro de este grupo encontramos los “pedestales” y los “mástiles arriostrados” o “monopolitos”. Existen también las denominadas “microceldas”, que no utilizan Estructura Portante, ya que son similares a las antenas de televisión satelital. Éstas carecen de obra civil, y se instalan para reforzar la cobertura que efectúan las estructuras definidas anteriormente.

19 Consecuentemente, se debe disociar el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Estudio de Medición de Potencia (EMP). Este último es el que se encuentra regulado por las normas nacionales, y vinculado a la “salud de la población”, como veremos más adelante en este trabajo. Con respecto al EIA no se han establecido parámetros objetivos, con lo cual cada provincia o municipalidad fija su propio criterio discrecional.

Nuestros Constituyentes en 1853 votaron que nuestra forma de gobierno sea la Representativa, Republicana y Federal<sup>20</sup>. Por esta razón, existe una trilogía de poderes horizontales (legislativo, ejecutivo y judicial) y verticales (Nacional, Provincial y Municipal). Entre los primeros –que se repiten en los ámbitos nacional, provincial y local- existen funciones y competencias específicas, debiendo respetarse la llamada división de poderes y su adecuado equilibrio. Con respecto a aquellos últimos, para poder llegar a resultados valiosos y adecuados, deberán tenerse en cuenta principios jurídicos tales como el de jerarquía normativa y prevalencia federal<sup>21</sup>.

Como sabemos, los estados Provinciales son preexistentes al Estado Nacional. Cuando se constituyó la República las provincias delegaron su potestad soberana en la Nación, conservando su autonomía y los poderes no delegados en forma expresa<sup>22</sup>. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado a las provincias como unidades políticas autónomas, con facultades institucionales, políticas y económicas. Son ellas las que deben definir, en sus respectivas constituciones, el status jurídico de las municipalidades ubicadas dentro de sus límites territoriales.

Debe separarse el servicio propiamente dicho (asociado a la antena irradiante) de la ESDA, ya que aquel es de competencia federal<sup>23</sup>, mientras que ésta sería de competencia fuertemente local. En efecto, el municipio debe intervenir en todo aquello que haga a la fiscalización de obras civiles que se realicen dentro de su ejido, interviniendo en lo relacionado con el impacto visual,

---

20 Sobre el estado del régimen federal, resulta elocuente lo manifestado por el Convencional Bulacio en la Asamblea Constituyente de 1994: *“La ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, habilitó en su art. 3, inc. a, el tema del fortalecimiento del régimen federal. El título en sí mismo constituye toda una denuncia. Se trata de un régimen debilitado, distorsionado y seriamente enfermo que afecta la vida de la Nación como unidad integral”*. “Diario de Sesiones”, 4/08/94, pág. 3237. Veremos esta tema más adelante en este trabajo.

21 Art. 21 de la ley 48 y art. 31 de nuestra CN.

22 Arts. 121 y ss. de la CN.

23 La competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados Federales de la República, emana de la disposición de los arts. 3 inc. c) y d) y 4 de la Ley Nacional de Comunicaciones (ley 19.798), así como también de nuestra CN, en cuanto

urbanístico y de medio ambiente. En tanto, es de competencia federal el servicio, las radiaciones emitidas por las antenas para brindarlo, y la supuesta afectación a la salud que estas radiaciones producirían. Así lo ha expresado la CSJN en *“Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús s/acción meramente declarativa”*<sup>24</sup>. En este precedente, se diferenció entre el poder de policía federal respecto de los aspectos funcionales y técnicos del servicio al que están destinadas las instalaciones telefónicas, y el poder de policía sobre aspectos relacionados con la seguridad, salubridad e higiene, de competencia municipal.

#### **4.1. La competencia federal del servicio de telecomunicaciones.**

El servicio de telecomunicaciones es de carácter federal<sup>25</sup>. En apoyo a esta afirmación no podemos dejar de señalar que el sistema de comunicaciones interprovinciales ha sido considerado como comprendido en el vocablo *“comercio”* usado por nuestra CN, ya que el mismo abarca además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes o convenios. Esto, de acuerdo a lo establecido por el art. 75 inc. 13 de la CN, y por numerosos precedentes de la CSJN<sup>26</sup>.

Ha dicho la CSJN que *“Las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte integrante del sistema de postas y correos a que hace referencia el art. 67 inciso 13 [actual art. 75, inc. 14] de la Carta Constitucional, y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar - general del país”*<sup>27</sup>, y que *“el servicio telefónico, una vez que se nacionaliza, es inescindible puesto que se trata de una misma empresa, un mismo material y un mismo personal, destinados todos*

---

establece que la regulación del *“comercio de las provincias entre sí”*, corresponde de modo exclusivo al gobierno central (art. 75, inc. 14, C.N.), como veremos en el capítulo siguiente.

<sup>24</sup> Citado por DROMI, Roberto, “Derecho Telefónico”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 302.

<sup>25</sup> Y por tanto el de la supuesta afectación a la salud que producirían las radiaciones.

<sup>26</sup> Fallos 154:104 y 198:445, entre otros.

*a las comunicaciones Provinciales e Interprovinciales y, por tanto, resulta muy difícil concebir la coexistencia de facultades reconocidas al Gobierno de la Nación y al de cada provincia (...) El Congreso no puede devolver a las provincias las facultades que ellas le delegaron, porque, de lo contrario, quedaría librado a su Voluntad destruir el sistema federal de gobierno tal como lo establecieron los constituyentes”<sup>28</sup>.*

Este criterio se ha mantenido luego de la privatización del servicio básico telefónico. En *"Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Quilmes"*, la Cámara Federal de La Plata, en su fallo del 15 de marzo de 1991, expresó: *"Las compañías de teléfonos de jurisdicción nacional - que ligan un territorio federal con una provincia; dos provincias entre sí o un punto cualquiera de la Nación, con un Estado extranjero- como concesionarios de un servicio público<sup>29</sup>, se encuentran sujetas a las normas federales que regulan específicamente tal servicio; es decir, que al margen de quien preste el servicio (sea directamente el Estado Nacional o a través de una empresa total o parcialmente propia o de un concesionario), aquél se encuentra regulado por normas de carácter federal. Lo mencionado, y fuera de la existencia de ENTEL, se encuentra establecido en la Ley Nacional de Telecomunicaciones N° 19.798. Resulta competente el fuero federal para entender en el dictado de una medida cautelar (en esta causa). Ello es así, ya que al margen de las personas eventualmente litigantes (ratione personae), el fuero de excepción surge por razón de la materia (ratione materiae), y por tal, resulta improrrogable aún contra la voluntad expresa o tácita de aquellas"*.

En este mismo criterio, la CSJN en *"Chaar, David c/ CAT"*, en su fallo del 20 de agosto de 1991, luego de reiterar su interpretación anterior de la aplicación a las telecomunicaciones de los incisos 12 y 13 del histórico art. 67 de la CN - actual art. 75, incs. 13 y 14-, expresó: *"Cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio público, no lo hace en virtud de una gracia, o permiso revocable de la*

---

<sup>27</sup> CSJN, *"CAT c. Provincia de Salta"*.

<sup>28</sup> CSJN, *"CAT c. Provincia de Santiago del Estero"*.

<sup>29</sup> Debemos efectuar la salvedad referida a que el servicio móvil no es un servicio público, sino en todo caso, de interés público. Tratamos esta tema más adelante en este trabajo.

*provincia, sino con plena jurisdicción y en ejercicio de un derecho emanado de su naturaleza constitucional, dado a su vez en el deber de "promover el bienestar general" y más concretamente en el de cumplir los objetivos enunciados en los incisos 12, 13, 16 y 28 de la Constitución Nacional".*

Como colofón, y definiendo el tema competencial, nuestra CSJN, con fecha 23 de octubre de 2001, en los autos *"Nextel Argentina c/Municipalidad de Rosario s/Amparo-cautelar"*, ha declarado que *"(...) resulta competente para seguir conociendo en las actuaciones el juzgado Federal de Primera Instancia de Rosario(...)"*. Asimismo, se debe citar lo resuelto en los autos *"CTI PCS S.A. c/ Municipalidad de Hurlingham s/Amparo"*, de fecha 26 de marzo del 2002, donde se define –con claridad meridiana- estas cuestiones, resolviendo que *"el conflicto de competencia en examen versa sobre una Resolución dictada por la municipalidad de Hurlingham, provincia de Buenos Aires, que atañe al ámbito de aplicación de la ley nacional de telecomunicaciones 19.798, cuyo carácter federal determina la intervención del fuero de excepción, al que corresponde remitir"*.

#### **4.2. El principio de prevalencia federal.**

De acuerdo a las especiales características con que la CN ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias<sup>30</sup>, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias<sup>31</sup>.

Sobre la base de tal premisa y ante la posibilidad de colisiones normativas, corresponde hacer jugar la pauta hermenéutica reiterada por la CSJN en el sentido que la CN debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual

---

30 CSJN, Fallos 304:1186 y 305:1847

31 CSJN, Fallos 186:170; 271:186; 286:301; 273:287; 296:242.

cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás<sup>32</sup> .

En lo que hace al ejercicio concurrente de facultades por parte de la Nación y las provincias - y por delegación constitucional, de las Municipalidades- la CSJN ha expresado que estas facultades concurrentes pueden ser ejercitadas por las provincias en tanto no perjudiquen el ejercicio de una autoridad ejercida por la Nación<sup>33</sup>, y que cuando su ejercicio resulte incompatible, el principio de supremacía de la autoridad federal (art. 31 de la CN) decide el conflicto en favor de la Nación<sup>34</sup>.

Se ha dicho, a este respecto, que *“(...) el principio de la supremacía de la Constitución constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental(...)”* y que *“(...) luego de la Constitución Nacional, o sea, en segundo término, son ley suprema de la Nación las leyes nacionales constitucionales<sup>35</sup>”*.

También se ha sostenido que en caso de conflicto entre jurisdicciones concurrentes, debe ceder la Provincia ante la Nación, en tanto se den determinados recaudos (contradicción efectiva e insoluble entre el ejercicio de la autoridad nacional y la local, y la presencia de una real finalidad de bienestar general en el desempeño de la autoridad nacional, de acuerdo a los fines queridos por la CN<sup>36</sup>).

---

32 CSJN, Fallos 167:121; 190:571; 194:371; 240:311.

33 CSJN, Fallos 149:260; 239:343 y 493.

34 CSJN, Fallos 3:31; 10:380; 137:200; 149:260; 305:184. Por su parte, el art. 31 de la CN dispone que *“esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contenga las leyes o constituciones provinciales”*.

35 LINARES QUINTANA, Segundo V., “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Tomo I, Buenos Aires, 1970, págs. 537/538 y 670.

36 Fallos 137:212 y 302:231.

De ello surge claro que en caso de colisión de intereses nacionales y locales deben prevalecer los primeros, con sustento en el sistema de prelación de normas propio del régimen federal (art. 31 de la CN) lo cual significa que las leyes dictadas por el Congreso de la Nación tienen el carácter de supremas respecto de las disposiciones en contrario de las leyes provinciales - o disposiciones municipales - en tanto hayan sido sancionadas en ejercicio de atribuciones constitucionales. Nuestra CN ha establecido la estructura del Estado Federal, que tiene por propósito la ordenación del conjunto para cumplir uno de los objetivos del preámbulo, consistente en realizar la unión nacional, y se apoya en el principio de prevalencia del derecho emanado de los poderes nacionales o federales, principio reconocido desde antaño por la CSJN cuya fuente es el precepto constitucional contenido en el art. 31 de la CN. El principio de supremacía de la legislación federal o nacional representa una importante limitación al poder dispositivo de las autonomías provinciales<sup>37</sup>.

Si bien la CSJN ha sostenido, en términos generales, que el poder de policía compete, por principio, a las provincias, siempre ha reconocido que en caso de incompatibilidad o repugnancia efectiva entre los poderes nacionales y provinciales, debe prevalecer el precepto federal, por su carácter de ley suprema<sup>38</sup>.

En este mismo sentido, la CSJN ha expresado que los poderes que, según el art. 121 de la CN, las provincias han conservado sin delegar al Gobierno Federal, son retenidos por éstas *“siempre que de ello no se siga perjuicio ni a la unidad nacional ni a la supremacía de la Constitución y de las leyes de la Nación”*. Con referencia a las limitaciones implícitas a la autonomía de las provincias, si la facultad ejercida por el gobierno federal *“es de tal naturaleza que no pueda menos de producirse perturbación si se legisla en diverso sentido y por diversas*

---

37 Remitimos a la lectura de CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo II, Buenos Aires, 1996, págs. 483.

38 CSJN, Fallos 239:343 y 137:212.

*autoridades, sobre la materia a que se refiere, entonces la atribución conferida a la Nación excluye por completo toda atribución concurrente por parte de las provincias". También, que corresponde la exclusión de los poderes locales cuando las facultades "conferidas al gobierno federal, aunque no como exclusivas, sean, sin embargo, de tal naturaleza que entrañe verdadera repugnancia y contradicción su simultáneo ejercicio de parte de la Nación y las provincias"*<sup>39</sup>.

Surge entonces de la normativa vigente que en caso de colisión de intereses nacionales y locales deben prevalecer los primeros, con sustento en el sistema de prelación de normas propio del régimen federal (art. 31 de la CN) lo cual significa que las leyes dictadas por el Congreso de la Nación tienen el carácter de supremas respecto de las disposiciones en contrario de las leyes provinciales - o disposiciones municipales - en tanto hayan sido sancionadas en ejercicio de atribuciones constitucionales.

#### **4.3. Algunos casos emblemáticos.**

Entendemos que sería ilustrativo describir algunas acciones tomadas por tres municipios. Podrá verse en ellos algunas notas comunes: alarmante heterogeneidad de las normas, desatención a regulaciones nacionales y recomendaciones internacionales, escaso basamento científico y técnico, y un fuerte componente de reacción a alarmas sociales cuyos fundamentos deberían revisarse.

##### **4. 3.1. Municipalidad de Lanús.**

La Ordenanza 9438, promulgada por Decreto 10 del 3 de enero de 2002, prohibió la instalación de "Antenas de Telefonía Celular Móvil" en todo el Municipio. A su vez, ordenó suspender todos los trámites de habilitación municipal iniciados hasta la fecha de su promulgación y prohibió iniciar cualquier nuevo trámite. Asimismo, impuso al Departamento Ejecutivo realizar estudios sobre las

---

39 Conf. ESTRADA, José Manuel, "Curso de Derecho Constitucional", Tomo III, Buenos Aires, 1902, págs. 32, 50 y 51.

mediciones necesarias para determinar la intensidad de transmisión; ello, por cuenta y cargo de los propietarios de antenas ya instaladas, y a pesar de lo estudiado en este trabajo sobre la competencia de la Nación sobre estos asuntos. La vigencia de la Ordenanza 9438 quedó sometida a la condición de que el Intendente tenga *“la certeza de que se encuentra protegida la salud de los vecinos de Lanús”*.

Posteriormente el Decreto 1750, dictado por el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Lanús el 30 de noviembre de 2004, dispuso clausurar y desactivar preventivamente las *“Antenas de Telefonía Celular Móvil existentes en el Partido de Lanús”*<sup>40</sup>. Las medidas mencionadas fueron adoptadas por el Ejecutivo local invocando el art. 108 inc. 5 del Decreto Ley No 6769/58 (*“Ley Orgánica de las Municipalidades”*), que ordena al Ejecutivo adoptar medidas preventivas para evitar el incumplimiento de las Ordenanzas de orden público. Esta norma autoriza al Municipio a clausurar establecimientos<sup>41</sup>.

#### **4.3.2. Municipalidad de Ituzaingó.**

Existe un singular *“Proyecto de Ordenanza de antenas de ondas electromagnéticas para telefonía celular”* creado por los Concejales del bloque *“Nuevo Gobierno/Encuentro por la Democracia y la Equidad”* de Ituzaingó, y remitido al Presidente del Honorable Concejo Deliberante de esa municipalidad, el 26 de octubre de 2004. En éste proyecto se habla de eliminación, desarme y desmantelamiento de las Estructuras portantes existentes en el ejido municipal. Asimismo contempla la creación de una *“Comisión de control y seguimiento”* que entre otras competencias y facultades tendrá la de realizar un *“censo epidemiológico anual (sic) dentro de un radio de dos manzanas alrededor de las*

---

40 Dentro de la misma tendencia, en Paraná la Ordenanza N° 8459 (de agosto del 2004, ratificada por Decreto N° 1069) prohibió cualquier tipo de instalación de telefonía celular, tanto nueva como ampliación de las existentes (cubicaciones), dentro del territorio correspondiente a aquella ciudad entrerriana.

41 Debería estudiarse si dentro del vocablo “establecimiento” puede incluirse una EDSA. En el acápite de este trabajo que trata la tributación de las EDSA y las antenas, se trata este asunto.

*Estructuras*". El proyecto concluye que *"algunas investigaciones científicas<sup>42</sup> han establecido que la población expuesta de forma continuada a niveles de radiación similares a los emitidos por las antenas de telefonía móvil podría experimentar un incremento de abortos, daños en el ADN, cambios en la actividad eléctrica del cerebro y en la presión sanguínea, descenso de los niveles de melatonina, depresiones, insomnio, dolores de cabeza, síndrome de fatiga crónica, afección del sistema inmunológico, cáncer, tumores cerebrales y leucemia infantil"* (sic), y resuelve como corolario poner sus esperanzas, demostrando escasos conocimientos técnicos sobre telecomunicaciones, en la telefonía satelital: *"Es claro que la difusión de la telefonía satelital es un futuro no muy lejano que podrá resolver los problemas que plantean las antenas"*.

#### **4.3.3. Provincia de Santa Fe.**

La Ley provincial de Santa Fe Nro.10.000 es utilizada por algunos vecinos a las EDSA como base para solicitar judicialmente su desmonte. Estas demandas son dirigidas contra las municipalidades, como demandadas únicas, sin codemandar a las operadoras, propietarias de las EDSA<sup>43</sup>. Esta omisión deliberada, sumada a la falta de aprobaciones expresas por parte de la gran mayoría de las municipalidades de esta provincia en los expedientes de obra iniciados para la instalación de las EDSA, provocaron la decisión de los gobiernos locales de allanarse a la demanda y no citar en garantía a las propietarias de las estructuras. Consecuentemente las operadoras se enteraban de la existencia de estos juicios cuando la sentencia, consistente en desmantelar la EDSA, se encontraba firme, lo que provocó graves conflictos en la ciudad de Rosario.

---

<sup>42</sup> El proyecto no cita las investigaciones científicas a las que se refiere.

<sup>43</sup> En rigor de verdad, y sin perjuicio de las disposiciones procesales vigentes, la actora no tendría óbice legal como para demandar a las operadoras dentro del marco de la ley 10.000, ya como codemandadas, ya como únicas destinatarias del reclamo; pues la Ley citada en su primer artículo prevé expresamente que el recurso puede ser interpuesto contra *"entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas"*. Siendo que las operadoras son licenciatarias de un servicio que puede ser calificado, al menos, como de interés público, es claro que tienen legitimación pasiva para ser demandadas, máxime cuando son las principales interesadas en estos asuntos.

Quizá a las sentencias surgidas al amparo de esta norma deba aplicárseles el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial<sup>44</sup>, que prevé que: “...*la omisión de un elemento esencial autorizará al juez, apreciando las consecuencias materiales y jurídicas que se hayan derivado, a pronunciar la nulidad aun a falta de toda sanción expresa...*”. Explicando este artículo la doctrina tiene dicho que “*La nulidad en general deriva de la omisión de un elemento esencial al acto o de que se generó un estado de indefensión para la parte*<sup>45</sup>”.

Debemos señalar, a su vez, que la jurisprudencia ha resuelto que: “*Si bien la ley 10.000 no menciona al recurso de nulidad como uno de los medios recursivos contra la sentencia es dable entender que resulta procedente su interposición ante la eventual existencia de una violación u omisión de las formas prescritas en la ley, tanto en lo que hace al trámite seguido como a la resolución misma, teniendo en cuenta que en el recurso administrativo sumario regulado por aquella se deben aplicar supletoriamente disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial (art. 14, ley 10.000), y que en este el recurso de nulidad está previsto como implícito en el de apelación (art. 361 CPC).*”<sup>46</sup>

Entendemos que ni bajo la CN ni bajo la Constitución de la Provincia de Santa Fe, es admisible que la protección de los derechos difusos o colectivos pueda dar lugar a la existencia de recursos que *inaudita parte* puedan afectar en forma irreparable los derechos de los operadores móviles, como ocurrió en el caso de autos. En este sentido, la jurisprudencia ha resuelto que: “*La Ley 10.000, art. 1, descarta la posibilidad de accionar en base a derechos o intereses legítimos para los cuales el afectado dispone del recurso de amparo –Constitución Nacional, art. 43-, sólo cuando de intereses no administrativos se trate puede recurrirse a la vía de la Ley 10.000, y ello en tanto y en cuanto exista lesión, que no se da cuando sólo existe un daño conjetural. Esto es otro valladar a la procedencia del recurso,*

---

44 El art. 14 de esta ley provincial prevé la aplicación supletoria del Código Procesal.

45 CHIAPPINI, J. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe Anotado y Concordado”, Editorial FAS, Rosario, 2000, p. 113.

46 C.Civ. y C. Rosario (S.F.), Sala 2ª, 03.03.98, “*Ghione, Raúl c. Municipalidad de Fray Luis Beltrán s. Recurso ley 10.000*”.

por cuando la ley 10.000, art. 1º, exige la existencia de “lesión” concreta y actual<sup>47</sup>”.

#### 4.4. Conclusiones.

Como hemos visto, la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN han definido las características de la relación entre las competencias locales y federales.

Es menester aplicar estos lineamientos al caso que nos ocupa; esto es, a las EDSA, al servicio y la problemática vinculada con la supuesta afectación de la salud provocada por las radiaciones emitidas por las antenas de telefonía móvil.

Entendemos que en el caso de las EDSA resulta necesario afirmar la competencia principal del municipio sobre toda obra civil que se construya dentro de su ejido urbano, esto es, el derecho y la obligación de sus autoridades a legislar en materia de requisitos de la obra civil (aprobación de planos) zonificación urbana, y lo que respecta al impacto visual, urbanístico y ambiental, inclusive en casos donde la estructura portante se construya en territorio federal<sup>48</sup>.

No obstante, esta competencia municipal – como hemos visto- no es absoluta, pues esta ausencia de límites frente al poder federal transformaría al municipio en una suerte de feudo, aislado de la unidad de coordinación de la que debe gozar una Nación. Al respecto nos encontramos con lo dictaminado por la Procuración del Tesoro en reiteradas oportunidades: *“Los municipios no revisten el carácter de “estados”, debiendo facilitar el desenvolvimiento de los organismos del Estado encargados de los servicios públicos<sup>49</sup>”*. También ha señalado esta misma asesoría letrada que *“El estado nacional debe ser entendido como una unidad*

---

47 Juzg. de 1ª Ins. de Dist. Civ. y C. 3ª Nom. Rosario (S.F.), 06.04.99, *“Boasso, Jorge c. Municipalidad de Rosario s. Ley 10.000”*.

48 Como podrían ser predios pertenecientes a las Fuerzas Armadas, o Ferrocarriles. Ver CSJN, Fallos 321:1052 y sentencia de fecha 2 de abril de 1998, publicada LL Nro. 97658.

49 Dictamen 112:382.

*institucional, teleológica y ética, más allá de las formas organizativas que adopte*<sup>50</sup>.

Por esto, la competencia local referida a la aprobación de los planos de la obra civil y al impacto visual y territorial de la EDSA, debe encontrarse en sintonía con los principios de coordinación, colaboración y cooperación administrativa con la legislación federal<sup>51</sup>. Sostenemos que en estos casos el principio de prevalencia federal es aplicable, pero en forma atenuada. Pero esta atenuación no equivale a “inexistencia”: la autoridad local no puede en forma irracional impedir la instalación de EDSA, pues de este modo se afecta la normativa federal que impone la prestación del servicio de telecomunicaciones para todo el territorio nacional.

Ahora bien, el principio de prevalencia federal es inmensamente más fuerte con relación al servicio propiamente dicho y, por esto, al asunto de la supuesta afectación de la salud que provocarían las radiaciones.

Entendemos que fácticamente existe hoy, sobre este último asunto, una competencia compartida entre la Nación y los municipios, con prevalencia de éstos. No obstante, quizá esta desigual duplicidad competencial sea jurídicamente desacertada. En efecto, puede advertirse que sería la autoridad nacional la prevalentemente competente para regular la cuestión relacionada con los posibles efectos sobre la salud provocados por las emisiones de las antenas, pues como hemos visto en este trabajo, es el Estado Nacional el competente para regular sobre el servicio y las radiaciones. Quien regula sobre las radiaciones, debe regular sobre sus eventuales efectos. La competencia del municipio sobre la salubridad existe, sin lugar a dudas, y su aplicación debería ejecutarse exclusivamente mediante la constatación de que la radiación emitida por las antenas respete los valores máximos fijados por la autoridad nacional. De otro

---

50 Dictámenes 202:106, 222:164 y 295:651, entre muchos otros.

51 SANTAMARÍA Pastor, J.A., “Principios de derecho administrativo”, Vol. I, 3º Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 451; SÁNCHEZ MORÓN, M., “La Coordinación Administrativa como concepto jurídico”, DA, Núms. 230-231, 1992.

modo, cada municipio podría legislar sobre valores máximos y otras cuestiones técnicas, lo que sería una extravagancia jurídica, dada la ausencia de especialidad técnica de las autoridades locales, y que sí poseen la CNC y el Ministerio de Salud de la Nación.

## **5. Normativa aplicable.**

En cuanto a las normas aplicables, se encuentran:

1. Las del sector de las telecomunicaciones, actualmente dedicadas a las radiaciones que las antenas emiten, no a la EDSA en sí misma. 2. Las relacionadas con la supuesta afectación de la salud humana que producirían las radiaciones. Estas normas son de carácter nacional y local. 3. Las normas municipales relacionadas con la ubicación de las estructuras dentro del ejido municipal (impacto ambiental y zonificación). 4. Las normas municipales que tratan la tributación que corresponde a las EDSA o a las antenas. 5. Las relacionadas con la altura y especificaciones de seguridad, emitidas por la Fuerza Aérea Argentina.

### **5.1. Normas regulatorias del sector de las telecomunicaciones. Diferenciación entre las EDSA y las frecuencias emitidas por la antena.**

Ya hemos dicho que debemos diferenciar las normas aplicables a las EDSA y a las radiaciones emitidas por las antenas. Éstas se encuentran, en nuestra opinión, bajo la potestad reglamentaria de la Nación. En tanto aquellas se encuentran bajo la legislación local, aunque debiendo respetar las relaciones de coordinación, cooperación y colaboración con las leyes federales.

En el presente acápite enumeraremos las normas reglamentarias que refuerzan aquellas afirmaciones efectuadas en el campo del derecho constitucional.

#### **5.1.1. El servicio y las radiaciones.**

La Ley Nacional de Telecomunicaciones No 19.798 (la “Ley 19.798”) establece en su artículo tercero que son de jurisdicción nacional los servicios de telecomunicaciones y de radiocomunicaciones.

En este sentido, el Decreto 1185/90 en su art. 6° inciso z) impone a la CNC la obligación de: *“Homologar los equipos que hagan uso del espectro radioeléctrico, incluyendo los de radiodifusión, bajo las modalidades y procedimientos que determine la COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES”*. La Resolución SECOM N° 530/2000 establece la aplicación obligatoria del Manual de estándares de seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre 100 KHz y 300 MH, la radiación de radiofrecuencias y la prospección de radiación electromagnética ambiental no ionizante, aprobado por el art. 1° de la Resolución N° 202/95 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

### **5.1.2. Las EDSA.**

Las EDSA se encuentran – actualmente - bajo la potestad reglamentaria local, aunque, reiteramos, esta potestad no puede desconocer las relaciones de coordinación, cooperación y colaboración con la Nación. En efecto, el art. 27 de la Ley Nacional de Telecomunicaciones (“LNT”) establece que *“Las instalaciones de servicios de telecomunicaciones deben ser habilitadas por la autoridad de aplicación antes de entrar en funcionamiento, asimismo no podrán ser modificadas sin previa autorización de la misma (...)”*. No obstante, esta norma (dictada durante la existencia del monopolio estatal de telecomunicaciones) ha caído en desuetudo en cuanto a su aplicación referida a la EDSA (no al servicio<sup>52</sup>), quizá impulsado por la posterior privatización del servicio y apertura del mercado, y por la Resolución 795/1992 de la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones (hoy Comisión Nacional de Comunicaciones, “CNC”) que dispuso dejar sin efecto

la *“obligatoriedad de inscripción ante este Organismo de todo tipo de Estructuras Soporte de antenas, para su homologación, aprobación o verificación”*. En los considerandos de esta norma se hizo referencia a que las estructuras soportes de antenas son en sí mismas obras civiles, por lo que les resulta de aplicación el Código Civil. Asimismo se tuvo en cuenta, acertadamente, que *“existen en el ámbito municipal ordenanzas que reglamentan el desarrollo urbano y obras civiles asociadas y que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no es el órgano competente para ejercer jurisdicción sobre obras civiles en general y estructuras soporte de antenas en particular”*. El temperamento adoptado por la Resolución CNT 795/92 fue ratificado mediante su similar 302/2000 de la SECOM que derogó una Resolución anterior de ese mismo organismo (Resolución 1690/1999) que había establecido el *“Procedimiento para la Declaración de cumplimiento de normas, y control de las estructuras soporte de antenas que formen parte de las instalaciones accesorias de estaciones radioeléctricas de los servicios de telecomunicaciones”*, en tanto consideró que ese reglamento *“no facilita la situación existente en cuanto a los trámites de autorización de instalación de estructuras de soportes de antenas ante las distintas dependencias municipales”*.

Así, vemos que sin perjuicio de la ya anacrónica disposición de la LNT, la práctica jurídica y las normas posteriores han dejado sin efecto aquella disposición, dándole su justa predominancia al derecho local.

## **5.2. Normas relacionadas con la supuesta afectación de la salud que producirían las radiaciones emitidas por las antenas de telefonía móvil.**

### **5.2.1. Introducción. Normativa aplicable.**

Pasando a analizar el asunto, quizá nos encontramos con principios y normas que tutelan valores presuntamente antagónicos. Por un lado, la cláusula

---

52 Similar disposición es sostenida por el art. 6 del Reglamento de Frecuencias, aunque entendemos que no se refiere a la obra civil. Asimismo, hace referencia a la habilitación ficta.

constitucional del progreso<sup>53</sup>, y por el otro la protección al medio ambiente, sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras<sup>54</sup>.

En los últimos años se ha presenciado un incremento del desarrollo y uso de dispositivos que emiten las denominadas radiaciones no ionizantes, a raíz de la instalación en todo el país de torres de sistemas inalámbricos para la prestación de distintos servicios de telecomunicaciones<sup>55</sup>.

Todo desarrollo tecnológico debe aportar a la sociedad beneficios que en su conjunto contribuyan a una mejor calidad de vida. Para que así sea, cada implementación debe ir acompañada por normas específicas de control que, a través de límites y procedimientos adecuados, permitan a los ciudadanos el goce de sus beneficios sin afectar su calidad de vida y al medio ambiente. Refuerza estas ideas la doctrina del fallo de la CSJN que sostiene *“es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general, buscada a través de los medios –no taxativamente enumerados- del art. 67 inc. 16 (hoy 75 incs. 18 y 19) de la Constitución Nacional, constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integridad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1° y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas en la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los*

---

53 Art. 75, inc.18, de nuestra CN.

54 Art. 41 de la misma norma.

55 En este sentido, es importante tener en cuenta que las antenas de radio y televisión, que existen hace varias décadas, poseen una potencia emisora enormemente más alta que la generada por las antenas de telefonía móvil. No obstante, no fueron causa de alarma social como sí lo son actualmente las de telefonía móvil, ya que por motivos técnicos aquellas son pocas y se ubican alejadas de los centros urbanos, en tanto éstas son más numerosas y necesitan ser ubicadas en los medios urbanos.

*hombres como el pretender edificarlo sobre el desprecio o el quebranto de las instituciones*<sup>56</sup>.

A título de ejemplo, podemos mencionar una serie de avances tecnológicos que hoy todos – en mayor o menor medida- hemos incorporado a nuestra vida: medios de transporte terrestre y aéreo<sup>57</sup>, energía eléctrica, aparatos electrodomésticos, receptores de radio, televisión, computadoras, telefonía, etc. Todos estos descubrimientos científicos y técnicos fueron en su momento criticados y objetados, pero los conflictos pueden resolverse mediante la aplicación objetiva de normas elaboradas por profesionales idóneos en cada materia. Para que la sociedad pueda disfrutar del progreso, quienes no respetan las normas que regulan cada actividad, deben ser sancionados (exceso de velocidad, construcciones defectuosas, aparatos con insuficiente aislación eléctrica, inadecuado mantenimiento de ascensores, etc.)

En este sentido, el 8 de noviembre de 2004 la CNC dictó la Resolución N° 3690 que impone a los titulares de autorizaciones de estaciones radioeléctricas y a los licenciatarios de estaciones de radiodifusión, demostrar que las radiaciones generadas por las antenas de sus estaciones no afectan a la población en el espacio circundante a las mismas<sup>58</sup>. A ese fin, se deben verificar que las radiaciones no superen los valores máximos establecidos en la Resolución N° 202/95 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (recordemos que la SECOM había adherido a esta norma mediante la Resolución N° 530/2000).

---

<sup>56</sup> “Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L.”, La Ley 1991-D-398; Fallos 247:646.

<sup>57</sup> Recordemos que ante el avance del ferrocarril y del cine, también se adujeron supuestos efectos perjudiciales sobre la salud sobre sus usuarios (cefaleas, mareos, etc.). Cfr. “Estudio sobre normas legislativas y procedimientos de control de emisiones radioeléctricas en América latina”, publicado por ACHIET, Madrid, 2004, pág. 35.

<sup>58</sup> En ese sentido, el art. 2° reza “*los titulares de autorizaciones de estaciones radioeléctricas de radiocomunicaciones 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 las mismas, mediante una evaluación de acuerdo a lo establecido en el Anexo I de la presente o, de corresponder, por medio de la Declaración Jurada según lo prescrito en el Anexo II*”.

Según lo anterior, la Resolución SECOM N°530/00 estableció claramente los límites de radiación que deben ser respetados por todos los servicios aquí mencionados. Luego, la Resolución CNC 269/02, modificada por su similar Nro. 3690/04, estableció claramente cómo deben ser efectuadas las mediciones para verificar el cumplimiento de los límites establecidos.

### **5.2.2. Las radiaciones no ionizantes. La potencia emitida en la telefonía celular. El principio de autolimitación de la potencia emitida.**

Las antenas de telefonía celular emiten radiaciones no ionizantes (“RNI”), las que, a diferencia de las radiaciones ionizantes, no pueden producir ionización por radioactividad en el cuerpo. Esto implica que las RNI resultan en principio inocuas para la salud humana, por cuanto los valores de las radiofrecuencias que emiten son muy bajos. Las radiaciones ionizantes son aquellas que por su características pueden producir ionización dentro de las moléculas. Son las utilizadas, por ejemplo en medicina para diagnósticos (Rayos X, Gama, etc.).

Las RNI son utilizadas, entre otras aplicaciones, en las comunicaciones. En algunos de estos servicios (TV, radio) es condición deseable asegurar el máximo alcance posible para que un receptor pueda captar la señal a mayor distancia. Por esa razón, las potencias irradiadas por sus respectivas antenas van desde aproximadamente 2.000 watios hasta valores que superan los 100.000 watios.

No obstante, a diferencia de aquellos servicios, en telefonía celular es deseable operar en niveles de potencia mínimos. Existen dos razones técnicas<sup>59</sup>, entre otras, que justifican esa necesidad:

1. Como su nombre lo indica, la telefonía celular se compone de “células” entendiéndose como tales el área de influencia de cada antena. La potencia emitida

---

<sup>59</sup> En cuanto a las razones legales, tenemos que el art. 7.2 del Reglamento de Frecuencias establece, en consonancia con el art. 72 de la LNT, que “La potencia que en cada caso se autorice y se utilice será la mínima necesaria para la normal prestación del servicio o de la comunicación, pudiendo ser superada únicamente en caso de emisiones de socorro”.

debe ser mínima para evitar que una célula interfiera llamadas de las otras vecinas. 2. A diferencia de los servicios que solo emiten, en telefonía celular los aparatos receptores (teléfonos) deben recibir y también emitir para que la comunicación se realice<sup>60</sup>. La potencia con que emiten los teléfonos, necesariamente baja por sus características técnicas, va de 0,25 a 0,65 vatios (valores referenciales que varían según marca y modelo<sup>61 62</sup> ).

---

60 Tengamos presente que la comunicación celular se establece desde la antena de la radiobase al aparato receptor/ emisor (teléfono celular) y en sentido inverso. Si la potencia emitida por la radiobase estuviese por encima de determinado nivel, podría ocurrir que el usuario, en virtud de esa potencia, pueda recibir la comunicación (escuche) pero no pueda responder debido a que la potencia de emisión de su aparato es insuficiente para alcanzar la radiobase que intenta captar su emisión. En cuanto a las razones legales, tenemos que El art. 7.2 del Reglamento de Frecuencias establece, en consonancia con el art. 72 de la LNT, que *“La potencia que en cada caso se autorice y se utilice será la mínima necesaria para la normal prestación del servicio o de la comunicación, pudiendo ser superada únicamente en caso de emisiones de socorro”*.

61 No podemos dejar de señalar que la exposición a radiofrecuencias es mucho más alta para los usuarios de teléfonos móviles que para los vecinos domiciliados cerca de las EDSA, aun cuando éstas transmiten señales en forma continua y los teléfonos móviles transmiten energía de radiofrecuencias solamente cuando está en curso una llamada.

62 En Estados Unidos de Norteamérica se han presentado acciones de clase, nucleando a clientes de telefonía celular, pero no existen reclamos de vecinos a las EDSA, los que no tienen peligro de mayor exposición a las ondas electromagnéticas. Sobre este asunto, diferentes gobiernos y paneles de expertos se han expedido: 1. Grupo de Expertos de la Comisión Europea *“Posibles efectos causados en la salud por el uso de radio teléfonos”*. Informe del Grupo de Expertos de la Comisión Europea, Bruselas, Comisión Europea (1996). <http://europea.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/Studyhr.doc> : *“La literatura científica actual, que abarca la toxicología, epidemiología y toda otra rama relacionada con la temática del riesgo de la salud, si bien brinda información útil, no proporciona evidencia convincente que permita afirmar que el uso de radio teléfonos, ya sean análogos o digitales, pongan en peligro, en el largo plazo, a la salud pública.”* (p. 3) – 2. Comisión Internacional de Protección contra la Radiación (ICNIRP) *Temas de salud relacionados con el uso de radio teléfonos y transmisores de bases*. Física de la Salud 70:587-593 (1996). <http://www.icnirp.de/documents/radiotelephones.pdf> : *“No hay evidencia sustancial que demuestre que la exposición de personas a los niveles recomendados por la ICNIRP (IRPA/INIRC 1988) de SAR localizado y de cuerpo completo, desarrollado en este documento, produzca efectos adversos en la salud, incluido cáncer.”* (p. 592). 3. Panel de Expertos de la Real Sociedad de Canadá: *“Un repaso de los potenciales riesgos que pueden llegar a producir en la salud los campos de radio frecuencias de equipos de telecomunicación inalámbrica”* (1999) <http://www.rsc.ca/english/Rfreport.html>: *“Pareciera que la exposición del público a campos de radio frecuencias emitidos desde una estación base transmisora de telecomunicaciones inalámbricas, es de suficiente baja intensidad, como para permitir no anticipar efectos adversos en la salud. Es posible que los usuarios de equipos de telecomunicaciones inalámbricas, incluidos los teléfonos celulares, puedan experimentar exposiciones de intensidad suficientes para causar efectos biológicos, pero sin que pueda asociarse estos efectos biológicos a efectos nocivos en la salud”*. 4. Laboratorio Nacional de Radiación del Ministerio de Salud de Nueva Zelanda. Seguridad de los teléfonos celulares (diciembre de

---

2000). <http://www.nrl.moh.govt.nz/staticindex.html>: “El balance de la evidencia proporcionada por la investigación actual, sugiere que las exposiciones a energía de radio frecuencias producida por teléfonos celulares no causa problemas en la salud, si se cumplen los parámetros internacionales. El balance de toda la investigación actual, es que no se ha encontrado evidencia clara y consistente de efectos nocivos”. 5. Grupo de Expertos Independientes en Teléfonos Móviles del Reino Unido (IEGMP) IEGMP. “Teléfonos móviles y salud, Junta Nacional de Protección Radiológica”, Oxon, Reino Unido (2000). [www.iegmp.org.uk](http://www.iegmp.org.uk): “El balance de la evidencia actual, sugiere que exposiciones a radiación de radio frecuencias por debajo de los parámetros de NRPB e ICNIRP, no causan efectos nocivos en la salud de la generalidad de la población...”. (p. 3). – 6. Organización Mundial de la Salud, Planilla de hechos Nro. 193 (Junio de 2000). [http://www.who.int/docstore/peh-emf/publications/facts\\_press/efact/efs193.html](http://www.who.int/docstore/peh-emf/publications/facts_press/efact/efs193.html) “Cáncer: la evidencia científica actual, indica que la exposición a campos de radio frecuencias, tales como los emitidos por teléfonos móviles y sus estaciones base, resulta improbable que induzca o produzca cáncer.” “Otros riesgos para la salud: científicos han informado respecto de otros efectos causados por el uso de teléfonos celulares, tales como los cambios en la actividad del cerebro, tiempos de reacción y patrones de sueño. Estos efectos son pequeños y aparentemente no son de relevancia para la salud”. 7. Ministerio de Políticas Públicas, del Interior, Correos y Telecomunicaciones del Japón (MPHPT), Informe del comité para la promoción de la investigación de posibles efectos biológicos de campos electromagnéticos (30 de enero de 2001). Comunicado de noticias del MPHPT, vol. 11, Nro. 23, 26 de febrero de 2001. “Investigaciones de los efectos de radio ondas en el cuerpo humano se han llevado a cabo por más de 50 años en países de todo el mundo, incluido Japón. Basado en voluminosos descubrimientos de esos estudios, guías de exposición (incluida la guía japonesa de “Parámetros de protección para la radiación y la exposición humana a campos electromagnéticos”), han sido desarrolladas con un margen de seguridad suficiente para proteger la salud del hombre de los efectos de radio ondas”. “Asimismo, el comité considera que no existe evidencia firme de los efectos nocivos para la salud, provocados por radio ondas, a intensidades que no exceden el nivel definido en los Parámetros de protección para la radiación y la exposición humana a campos electromagnéticos”. 8. Canadá. Seguridad y uso seguro de teléfonos celulares, Oficina de Protección del Consumidor y Radiación Clínica (3 de diciembre de 2002). <http://www.hc-sc.gc.ca/english/iyh/products/cellphones.htm> “No hay evidencia firme al día que permita inducir que las emisiones de radio frecuencias desde teléfonos celulares causen enfermedades en la salud”. 9. Autoridad de Ciencias de la Salud de Singapur. Frecuentes preguntas sobre EME y teléfonos móviles (enero de 2002). <http://www.hsa.gov.sg/docs/fullversion.pdf> “Al tiempo presente, todos los comités nacionales e internacionales que han evaluado el cuerpo entero de la evidencia, han alcanzado las mismas conclusiones: que no se han establecido efectos en la salud originados por exposición a EMF debajo de los límites establecidos en los parámetros internacionales”. 10. Comité de Temas de Salud Pública en Energía Electromagnética. Agencia Australiana de Protección contra la Radiación y Seguridad Nuclear, del Gobierno Australiano. Planilla de hechos EME Serie Nro. 1: “Energía Electromagnética y sus Efectos” (noviembre de 2003). [http://www.arpansa.gov.au/pubs/eme\\_comitee/fact1.pdf](http://www.arpansa.gov.au/pubs/eme_comitee/fact1.pdf). “La opinión científica nacional e internacional, es la de que no existe evidencia fundamentada que demuestre que la exposición a niveles bajos de radio frecuencias EME, causen efectos nocivos en la salud”. 11. Agencia Francesa para la Seguridad y Salud del Medio Ambiente (AFSSE) Declaración de la AFSSE en teléfonos celulares y salud (16 de abril de 2003) <http://www.afsse.fr/documents/Afsse.statement.on.mobile.phones.and.health.pdf> “En relación con el riesgo de cáncer, podemos aceptar que con los niveles de poder utilizados en telefonía móvil, la radiación no tiene efectos en nuestros genes (no es genotóxico). Pruebas realizadas en animales indican que la exposición a largo plazo no genera riesgos de producir cáncer. Demuestran que no producen efectos iniciadores ni efectos promotores de cáncer”. (p. 4)

---

*“En la actualidad, la información científica disponible, no indica que los niños sean particularmente susceptibles a la radiación causada por teléfonos, ni que tengan una exposición mayor que los adultos”* (p. 5). 12. Autoridad Estatal Sueca de Protección contra la Radiación (SSI) Recientes investigaciones en telefonía móvil y cáncer y otros efectos biológicos: primer informe anual sobre campos electromagnéticos del grupo de expertos independientes de la SSI, 2003. [http://www.ssi.se/english/EMF\\_exp\\_Eng-2003.pdf](http://www.ssi.se/english/EMF_exp_Eng-2003.pdf) *“El Grupo de Expertos independientes de la SSI ha revisado estudios sobre posibles efectos de campos de radio frecuencias del tipo de los utilizados por telefonía móvil. La revisión se enfocó en investigaciones de cáncer epidemiológico y experimental, la barrera de sangre del cerebro y proteínas de shocks de calor. El grupo de expertos declaró: en ninguna de estas áreas se registraron resultados que garanticen conclusiones firmes en ningún sentido. Una de las conclusiones principales del informe, en lo que concierne a los posibles efectos causados por tecnología de telefonía móvil en la salud humana, afirma que las exposiciones por debajo de los parámetros de NRPB e ICNIRP, no causan efectos adversos en la salud de la generalidad de la población”*. 13. Administración de Alimentos y Drogas de los Estados Unidos Información al consumidor de teléfonos inalámbricos. Energía de radio frecuencia. Preguntas y respuestas (29 de julio de 2003). <http://www.fda.gov/cellphones/qa.html#31> *“¿Qué pasa con los niños que utilizan teléfonos celulares? La evidencia científica no demuestra peligro en la utilización de teléfonos inalámbricos, incluidos los niños y adolescentes.”* 14. Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos Teléfonos móviles y salud (26 de septiembre de 2003) <http://ftp.fcc.gov/cgb/consumerfacts/mobilephone.html>: *“No existe evidencia científica que pruebe que la utilización de teléfonos inalámbricos pueda causar cáncer u otra variedad de problemas, incluidos dolores de cabeza, mareos o pérdida de memoria.”* 15. Junta Nacional de Protección Radiológica del Reino Unido (NRPB). Grupo Consejero en Radiación no Ionizadora (AGNIR) Revisión de la evidencia científica para la limitación de la exposición a campos electromagnéticos (0 – 300 GHz). Documentos del NRPB, Vol. 15, Nro. 3 NRPB, Oxfordshire, Reino Unido (2004). [http://www.nrpb.org/publications/documents\\_of\\_nrpb/abstracts/absd15-3.htm](http://www.nrpb.org/publications/documents_of_nrpb/abstracts/absd15-3.htm) *“La AGNIR concluyó que las investigaciones publicadas desde el informe de IEGMP, no dan motivo para preocupaciones y la evidencia no sugiere que existan efectos adversos a la salud, originados en la exposición a campos de radio frecuencias por debajo de los niveles de los parámetros asignados”* (p. 8) 16. Organización Mundial de la Salud Campos electromagnéticos (EMF). Resumen de efectos en la salud (2004) <http://www.who.int/peh-emf/about/WhatisEMF/en/index1.html> *“En el área de efectos biológicos y aplicaciones médicas de radiación no ionizadora, 25.000 artículos han sido publicados en los últimos 30 años. A pesar de que ciertos sectores creen que deben realizarse más investigaciones, el conocimiento científico en esta área no es más extensivo que la de la mayoría de los químicos. Basada en una reciente revisión de la literatura científica, la OMS concluyó que la evidencia actual no confirma la existencia de consecuencia alguna originada por la exposición a campos electromagnéticos. Sin embargo, existen algunas lagunas dentro del conocimiento de efectos biológicos, que necesitan una mayor investigación”*. 16. Consejo de la Salud de Holanda. Comité de campos electromagnéticos. Teléfonos móviles y los niños: ¿se garantiza la precaución? Bioelectromagnetismo 25:142-144 (2004) *“El consejo de la salud no ve razón para no recomendar el uso limitado de celulares por los niños”* (p. 142). 17. Autoridades Nórdicas (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) Telefonía móvil y salud – un acercamiento común para las autoridades nórdicas competentes (21 de septiembre de 2004). [http://www.ssi.se/english/english\\_news.html](http://www.ssi.se/english/english_news.html) *“Las autoridades nórdicas concuerdan en que no existe evidencia científica para considerar efectos adversos para la salud, originados en los sistemas de telecomunicaciones móviles, por debajo de las restricciones básicas y valores de referencia recomendados por la Comisión Internacional de Protección de Radiación no Ionizadora (ICNIRP)”*.

En consecuencia, una antena de telefonía celular no supera en general los 100 watios de potencia emitida, mientras otros servicios, no objetados jurídicamente, operan en valores muy superiores<sup>63</sup>. Así se configura el llamado “principio de autolimitación de potencia de la red celular”, en virtud del cual los equipos instalados en los emplazamientos están diseñados para utilizar la menor potencia que permita cumplir con la calidad de comunicación requerida.

Finalmente, considérese que las nuevas tecnologías (GSM, 3G) funcionan a menor potencia, con la contrapartida de tener que construir mayor cantidad de EDSA, aumentando el impacto visual y urbanístico.

### **5.2.3. Conclusiones.**

---

63 La CNC con asistencia del Centro Argentino de Ingenieros (CAI) han venido organizando distintos seminarios relacionados con las características de las radiaciones electromagnéticas no ionizantes y su acción sobre el medio ambiente, sobre el organismo humano y las correspondientes técnicas de bioseguridad. Por ejemplo, el Seminario “Estructuras de Telecomunicaciones en Municipios”, Normas y Principios de Seguridad – realizado el 6 de septiembre de 2000 en el Centro Argentino de Ingenieros – que fuera publicado por la CNC en Febrero de 2001. También, el 11 de noviembre del 2004, en el Palacio de Correos, tuvo lugar un segundo seminario bajo el lema “Antenas, infraestructura necesaria para las telecomunicaciones”. En este encuentro, los especialistas se manifestaron del siguiente modo: el Ing. Jorge Skvarca – Miembro Experto en Radiaciones de la Organización Mundial de la Salud - , manifestó que *“las Radiaciones No Ionizantes no llevan asociada una energía suficiente para producir un proceso de ionización causal de efectos no deseables. El uso de las radiaciones electromagnéticas no ionizantes implica un riesgo, que además de ser aceptable, es significativamente menor que el de las radiaciones ionizantes, siempre y cuando se respeten las normas nacionales e internacionales que establecen los valores máximos de exposición al ser humano(...) analizados fríamente los niveles de potencia emitidos por los sistemas irradiantes habitualmente ubicados a distancias respetables de los lugares de permanencia de la población, las antenas de telefonía móvil celular no generan radiaciones perjudiciales para la salud del ser humano, ya que es una emisión de muy baja potencia, menores inclusive a los de los teléfonos celulares, antenas de emisoras de radio o canales de televisión o artículos de uso doméstico como ser el horno a microondas, por lo que puede afirmarse que no debe existir preocupación alguna mientras se respeten los niveles máximos de potencia admitidos por las normas vigentes”*. El Dr. Juan Carlos Giménez, ex Profesor de Biofísica de las Facultades de Medicina de la UBA y Salvador, especialista en Radiopatología e Investigador de la Comisión Nacional de Energía Atómica ha manifestado que *“un gran número de trabajos experimentales y epidemiológicos se han realizado para establecer los posibles efectos sobre la salud de la exposición a los campos electromagnéticos, llegándose a la conclusión que en las*

La percepción popular sobre los daños a la salud que producirían las antenas produce un rechazo social a las EDSA, que muta en rechazo legal, produciendo algunos de los conflictos jurídicos que se estudian en este trabajo. Por eso es importante en este aspecto el repaso, por parte de las autoridades judiciales y ejecutivas, de los estudios científicos que existen sobre el tema, y de las características técnicas de la telefonía celular<sup>64</sup>. En este sentido, resulta llamativo que la alarma se encienda sólo sobre las EDSA de telefonía móvil (que existe desde hace quince años en Argentina), y no sobre las emisoras de TV o AM-FM, que emiten con mayor intensidad que aquellas, desde hace varias décadas. Dejamos el cierre del punto con una cita de la obra “Estudio sobre normas legislativas y procedimientos de control de emisiones radioeléctricas en América latina<sup>65</sup>”: *“¿Por qué no dicen los científicos claramente que no existen riesgos para la salud? Porque sencillamente, en la terminología científica la condición de inocuidad absoluta no se aplica a ningún agente físico o químico. Para que un agente sea calificado como nocivo, la ciencia exige evidencia firme y robusta que lo demuestre. Según el grado de nocividad de un agente dado, esa evidencia puede ser más o menos fácil de conseguir. Si tras sucesivos intentos la evidencia firme buscada no aparece, en un lenguaje no científico podríamos decir que el agente investigado no es nocivo. En el lenguaje científico se diría que “no*

---

*formas actuales de exposición, con recomendaciones internacionales, sobre límites de exposición, no hay ninguna evidencia de efectos agudos”.*

64 Ejemplo de esta carencia de conocimiento técnico mínimo puede observarse en la Ordenanza Número 1202/2004 del Municipio de Casilda, que prohíbe la instalación de todo tipo de EDSA excepto desde los 1500 metros contados a partir del inicio de la zona urbana. Paradójicamente, con este tipo de decisiones se logra ampliar la intensidad de las frecuencias emitidas (a pesar de que probablemente la intención de la Ordenanza fue exactamente la contraria): *“Para poder prestar el servicio en medio urbano, con una calidad adecuada, se necesita instalar un mayor número de estaciones a medida que se incrementa el número de usuarios en la zona. Por ello, (...) la exigencia de desplazarlas fuera del medio urbano por razones de impacto visual, requiere un incremento significativo de las potencias emitidas por estaciones y terminales, a fin de hacer viable la comunicación. En efecto, (...) el nivel de emisión de los terminales en el caso de que las antenas se ubiquen en el cuadro urbano, es inferior al caso en el que las antenas se situaran en la periferia”,* cfr. “Estudio sobre...”, Op. cit., pág. 27.

65 Op. cit. , pág. 27.

*se ha probado que el agente sea nocivo". Lamentablemente, para los oídos del público esta terminología puede sonar poco tranquilizadora (...)."*

### **5.3. Normas relacionadas con la ubicación de las estructuras dentro del ejido municipal (impacto ambiental y zonificación).**

Este tipo de normas depende de cada municipio, pues ya hemos dicho que éstos tienen la obligación y el derecho de legislar sobre estos asuntos. Como es evidente, no se analizará la normativa de cada uno, aunque sí hemos estudiado tres casos puntuales, por su gran significación. Además remitimos al acápite que estudia el "principio de prevalencia federal", por estar relacionado íntimamente con este tema. Finalmente, queremos dejar en claro, más allá de la problemática de fondo (propia del derecho constitucional y administrativo), que el inconveniente administrativo primario se manifiesta en que no se considera actividad "reglada" al procedimiento de aprobación de la obra civil, y, consecuentemente, en la dificultad de obtener la firma del funcionario competente que ponga fin al iter administrativo iniciado para lograr la aprobación de la instalación de la EDSA y sus antenas<sup>66</sup> <sup>67</sup>.

---

66 Tiene dicho la CSJN que "*Cuando durante la vigencia de una ley, un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido, y es inadmisibile su modificación (...)*" (Fallos 296-737, 307-305, entre muchos otros), con lo cual cuando las operadoras- habiendo presentado todos los requisitos documentales y técnicos en el expediente de obra- interponen un pronto despacho, quizá el silencio de la Administración debería ser de signo positivo y no negativo.

67 Podemos mencionar algunas características de la generalidad de los Códigos de Falta locales, que dificultan el debido proceso del administrado, en este caso el operador celular. En primer lugar, la exigencia procesal de constituir domicilio dentro del ejido municipal, donde las más de las veces no se cuenta con locales comerciales o corresponsalías jurídicas. En algunos se notifican las resoluciones a las EDSA, donde evidentemente no hay personas, sino equipos de telecomunicaciones. En segundo término (esto aplicado a la Provincia de Buenos Aires en virtud del Decreto Ley 8751/77) la oralidad del proceso (art. 47), que deriva en que no se acepte la presentación de escritos y que a criterio exclusivo del juez, se pueda ordenar que las declaraciones se tomen por escrito. Esta característica, sumada a que el fondo del asunto es complejo y técnico a la vez, dificulta el camino hacia la verdad jurídica objetiva. En tercer lugar, al ser de aplicación supletoria los institutos, plazos y principios del derecho procesal penal, y la alzada los Juzgados Correccionales, no estaría bien definida la naturaleza jurídica de estos juzgados administrativos, lo que genera consecuencias prácticas nocivas. Como ejemplo podríamos señalar el que las apelaciones cuentan con un plazo de setenta y dos horas corridas para su presentación. Esto significa que si se notifica una resolución un jueves deberá presentarse la

#### 5.4. Normas que tratan la tributación sobre las EDSA y las antenas.

Quizá al tratarse este asunto se vislumbre cierta falta de coordinación interadministrativa (Nación – Provincia - Municipios) 68

Para comenzar debemos señalar que los gobiernos locales han creado dos tipos de tasas (sumadas a los derechos de construcción, de oficina y sellados da todo tipo): i) La de habilitación, de pago por única vez; ii) La de inspección, seguridad e higiene<sup>69</sup>, de tracto sucesivo, y con periodicidad variable<sup>70</sup>.

---

apelación el viernes siguiente, ya que el lunes estaría vencido. Ante esta situación cabe preguntar: ¿Puede presentarse la apelación en día inhábil (sábado o domingo)? Podría responderse que no por que los que están de turno son los Juzgados Correccionales y no los Juzgados de Faltas. Todo esto afecta gravemente el debido proceso. Por otra parte, existen municipalidades en la que el poder de juzgar las faltas quedan en cabeza del Intendente, lo que mina la sana división de poderes.

68 Ver la ley 14.390, sobre el régimen de unificación y distribución de impuestos nacionales, JARACH, D. “Curso superior de derecho tributario”, Buenos Aires, Cima, 1969, pág. 46 y ss. También remitimos a los trabajos y ponencias presentados en las XXXIV Jornadas Tributarias, organizadas por el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Bs. As, en el mes de noviembre del 2004: GARCIA ORTIZ, Grisela A: “Las competencias municipales sobre antenas y torres de telecomunicaciones y su aspecto tributario; el caso del municipio de Malvinas Argentinas, provincia de Bs. As”; ZAPATA, Luis Ramón: “El poder tributario de los municipios en Argentina: una visión general de su problemática”; FROHLICH, Juan R.: “Autonomía o autarquía municipal, facultades tributarias municipales, sus alcances y límites”; DOGLIANI, Juan F.: “El municipio: ente autónomo. Pautas de adecuación al mandato constitucional” y SARNI, Alejandra V. y VERDÚN, Marcos A.: “Los inconvenientes prácticos de la aplicación del art. 35 del Convenio Multilateral”.

69 Esta sería una adaptación de la tasa que las municipalidades cobran sobre establecimientos, locales u oficinas. El inconveniente se genera por intentar forzar el concepto de “local” al de una EDSA, por ser realidades distintas, aquella comercial, con personal y recepción de clientes, y ésta eminentemente técnica, existiendo solo materiales y equipos de telecomunicaciones. En este sentido resolvió la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná *in re*: “Telecom Personal S.A. c/Municipalidad de Concepción del Uruguay s/Acción declarativa”, del 6/08/02: “(...) en forma coincidente con el a quo se interpreta que los Municipios podrán gravar las actividades que expresa el convenio y con las modalidades de liquidación que dispone dicho articulado, en la medida que existan locales habilitados en los Municipios a fin de su efectivización (...) la existencia de una antena en un predio de esa comuna, de ninguna forma puede cumplir con la exigencia de establecimiento, local u oficina habilitada por el Municipio que exige el Convenio Multilateral...”. En el mismo sentido se expresa Colombo: “El servicio de control, salubridad, seguridad e higiene presupone la existencia de un establecimiento o local. Al no haber local propiamente dicho, la prestación del servicio se torna imposible (...) de ninguna forma puede confundirse la existencia de antenas para la prestación del servicio de telecomunicaciones con los

La tasa de habilitación debe abonarse al comenzar su trámite, y la cuantía recorre un notable trecho entre los 3.000 pesos de Helvecia (Santa Fe), y los 42.000 de Esteban Echeverría (Provincia de Buenos Aires), lo que haría dudar de su balaústre de razonabilidad en algunos casos.

En tanto la de inspección, seguridad e higiene, se trata de una tasa por la prestación de un servicio *uti singuli*, es decir que éste se podría individualizar perfectamente, debiendo existir una prestación efectiva. En tal sentido, el monto de este tributo debe ser proporcional y adecuado al beneficio recibido por el contribuyente<sup>71</sup>. También en este caso encontramos una extrema disparidad entre diferentes municipios: el de Fray Mamerto Esquiú (Provincia de Catamarca) cobra 83.33 pesos mensuales, en tanto su par de La Matanza (Provincia de Buenos Aires) 3.750 en el mismo período<sup>72</sup>.

La CSJN ha indicado que *“la validez de las tasas, como la de todos los tributos, depende de un interés público que justifique su aplicación (...) y su cobro debe corresponder a una concreta, efectiva e individualizada prestación”*<sup>73</sup>. El mismo tribunal tiene dicho que la cuantía global de la tasa (recaudación), no puede exceder de un límite discreto y razonable, vinculado con los costos del servicio y que *“no es admisible que con el ingreso obtenido por la prestación de un servicio divisible, se financien otros servicios y aún funciones estatales”*<sup>74</sup>.

---

*locales, establecimientos, u otros lugares a los que están destinadas las normas en cuestión. Es una instalación técnica para la prestación del servicio de telecomunicaciones (...)*. Cfr. COLOMBO, Hernán, op. cit., pág. 152.

<sup>70</sup> El municipio de San Miguel (Provincia de Buenos Aires) cobra mensualmente, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cobra en forma bimestral, la ciudad de La Rioja lo hace semestralmente, etcétera.

<sup>71</sup> La jurisprudencia y doctrina han definido a la tasa como la retribución correspondiente a un servicio efectivamente prestado por la Administración Nacional, Provincial o Municipal. En este sentido, la Cámara Civil en Pleno, en febrero del año 1942, en los autos *“García Lazo, José c/Municipalidad de la Capital”*, ha dicho que no procede el cobro integral de los servicios de alumbrado, barrido y limpieza, cuando el de barrido no se presta en forma efectiva, correspondiendo su devolución al contribuyente (publicado en JA 1942-I, pág. 997 y LL Tomo 25, pág. 391). Nadie duda de que las municipalidades están legitimadas a cobrar tasas, pero estas deben ser efectivamente prestadas, de utilidad tangible para las operadoras y vecinos, y con montos adecuados a los costos del servicio brindado.

<sup>72</sup> Más de cuarenta y cinco veces más.

<sup>73</sup> CSJN, Fallos 312,1575.

<sup>74</sup> CSJN (S-365-XXXVII): *“Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros”*, del 21/10/03.

Alguna doctrina<sup>75</sup> ha considerado que tanto las municipalidades- en sus ordenanzas tributarias y arancelarias- como la jurisprudencia mayoritaria<sup>76</sup>, han tergiversado el concepto y naturaleza jurídica de la tasa concentrándose en la capacidad contributiva y no en el servicio prestado, ignorando que la pauta para la determinación del monto de este tributo debiera ser la determinación de los costos (directos e indirectos) que las propias municipalidades asumen al prestar el servicio que luego se cobra al contribuyente.

Finalmente, debe hacerse algún comentario sobre el aspecto contencioso. Sabemos que la municipalidad tiene una herramienta jurídica para cobrar, en forma expedita, las tasas o multas en cabeza de los sujetos imponibles, que es el juicio de apremio fiscal. Este juicio ejecutivo posee plazos más que exiguos para oponer excepciones y no está claro el que pueda ingresar como "litispendencia", el recurso o reclamo administrativo no resuelto por la Administración local. Entendemos que, con el objetivo de evitar o minimizar el dispendio de actividad administrativa y jurisdiccional, en estos casos de presentaciones administrativas previas, los jueces de la causa debieran darle curso a este planteo de litispendencia ampliada, y resolver el fondo del asunto, evitando el inicio de un juicio ordinario posterior.

#### **5.4.1. Conclusiones.**

Quizá éste sea, en rigor de verdad, un problema entre la Nación y los municipios sobre la participación en los montos tributados por los operadores móviles. Si consideramos que aproximadamente un cincuenta por ciento de lo facturado por estos operadores a sus clientes corresponde a diferentes tasas y tributos, comprenderemos la magnitud de los montos en juego.

---

75 LUNA REQUENA, Alvaro C: "Inaplicabilidad del principio de capacidad contributiva a las tasas", publicado en Revista Argentina de Derecho Tributario, abril - junio del 2002, pág. 451.

76 Entre otros, "Ramos, Eulogio c. Municipalidad de Buenos Aires", CSJN, 10/8/38. Entre la jurisprudencia minoritaria se encuentra lo resuelto por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, in re "*Gas Natural Ban S.A.*

El problema radica en que las EDSA provocan un determinado impacto ambiental en los municipios, y que éstos pretenden, vía tasas, una compensación a este impacto. Pero encuentran, como sujeto imponible, a empresas con una fortísima carga tributaria<sup>77</sup>. Por esto, sostenemos que - de concluirse que debe compensarse aquel impacto ambiental<sup>78</sup> - los recursos deberían salir de lo que las operadoras han abonado oportunamente por sus licencias<sup>79</sup>, y de lo que se paga regularmente a la CNC en concepto de tasa radioeléctrica (Derechos y Aranceles Radioeléctricos, Res. SETYC 10/95) y tasa de control (Tasa de Control, Fiscalización y Verificación, ordenada por el art. 11 del Dec. 1185/90 y reglamentada por la Resolución CNT 1835/95)<sup>80</sup>.

La primera es más compleja y se desglosa en determinada cantidad de Unidades de Tasación Radioeléctrica (UTR, establecida en 25,51 pesos desde el año 2001), según la cantidad de abonados, estaciones, radioenlaces y sistemas. La última se ha fijado en un 0,5 % de los ingresos totales devengados netos de impuestos y tasas que graven la prestación del servicio<sup>81</sup> <sup>82</sup>.

---

*c/Municipalidad de La Matanza s/Acción meramente declarativa - Medida cautelar*", (Revista Impuestos 2000-B, pág. 2016).

<sup>77</sup> Para ver el tema más allá de las fronteras nacionales, puede recurrirse a "La tributación de las telecomunicaciones en Iberoamérica", editado por la Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones, 2004. Este estudio comprende veintidós países.

<sup>78</sup> Art. 2618 del Código Civil Argentino. Recomendamos también la lectura del trabajo de PARKINSON, Aurora B.: "El Daño socialmente tolerable y el Medio Ambiente. Implicancias básicas de la teoría del riesgo permitido", Rev. De Responsabilidad civil y seguros, Ed. La Ley, año 1999, pág. 65 y ss.

<sup>79</sup> Solamente por las licencias de PCS (del año 1999), CTI Móvil ofertó oportunamente la suma de 301.000.000 dólares estadounidenses, abonando, al momento de la firma del Contrato de Adjudicación, la suma de 120.400.000 correspondiente al cuarenta por ciento (40%) comprometido en la oferta, y debió extender dos pagarés con aval bancario y con fecha de vencimiento anual y consecutiva, por el saldo del precio ofertado. Por su parte, y siempre en dólares estadounidenses, Unifón pagó 278.681.000, Personal 223.740.000, y Movicom 261.000.000.

<sup>80</sup> Hemos hecho referencia sólo a los tributos específicos del sector, dejando de lado el Impuesto a las Ganancias, el IVA (que en telecomunicaciones es del 27 %), Impuestos internos, etc.

<sup>81</sup> Debe abonarse el 0.5 % de los ingresos devengados por servicios de telecomunicaciones, menos: (i) débito Fiscal del IVA y todo otro impuesto o tasa que grave los servicios, con excepción de la tasa de Control, Fiscalización y Verificación, (ii) Importes facturados al responsable por otros prestadores en concepto de interconexión (sólo en la medida que estos a su vez deban ingresar la tasa), y (iii) Devoluciones, descuentos y bonificaciones. Por su parte, la Resolución 603/97

En este sentido, la Nación no coparticipó los ingresos obtenidos por las licencias, ni coparticipa actualmente los correspondientes a derechos radioeléctricos y a la tasa de control, que no conforman cifras menores<sup>83</sup> 84.

---

posibilita descontar, para el pago de esta tasa, los importes destinados a investigación (aprobados por la CNC y celebrados con Universidades), hasta llegar a un 15 % del total a pagar.

82 Consideramos conveniente transcribir algunas de las conclusiones del informe elaborado por el IERAL (Fundación Mediterránea) “Impacto de la Carga Impositiva en el Sector de las Telecomunicaciones”, de 2001: *“De lo anterior se desprenden varias conclusiones del mecanismo de tasas radioeléctricas: (...) es claro que el actual régimen penaliza en cierta forma a quien utiliza el espectro radioeléctrico de manera más eficiente. Aquellas empresas que ubican mayor cantidad de abonados en un mismo ancho de banda son penalizados con mayores tasas (...). En el caso de telefonía móvil (...), la aplicación de la UTR es proporcional a la cantidad de abonados (...) se está gravando en mayor medida a aquellas empresas que participan más eficientemente el espectro radioeléctrico. Es claro que de esta manera el régimen de derechos no premia a aquel prestador que por mayores inversiones, mejor política comercial y mejor uso del recurso escaso, posee una mayor clientela. (...) Subyace en la Resolución 10/95 la idea de la aplicación de derechos por el uso y aprovechamiento del espectro radioeléctrico, sin embargo en este caso no se habla de un correlato entre el gravamen y una contraprestación específica del Estado, por lo que estos derechos ya no se corresponden con la noción de “tasa” como comúnmente se los denomina”.*

83 Cada operadora celular paga en concepto de Tasa de Control, Fiscalización y Verificación, un promedio de 7.000.000 de pesos anuales, y por Derechos Radioeléctricos unos 40.000.0000 de pesos. En 1999, CTI pagó por este último concepto 10.700.000 de dólares estadounidenses, siendo que en aquel mismo año el promedio de un operador europeo rondaba los 2.300.000 de la misma moneda, en tanto toda la industria celular norteamericana obió 17.000.000. Otro dato elocuente es que en Europa la carga tributaria anual, en el período comentado, fue de 0,85 dólar estadounidense por Cliente, en Estados Unidos 0,32, y en Argentina 15. Si se confronta lo que recauda la CNC con la previsión presupuestaria puntualmente establecida en la ley de presupuesto nacional de ese año, podrá comprobarse que más del sesenta por ciento de lo recaudado no queda en el organismo. Todo esto, según algunos estudios, es distorsivo, perjudica la competencia real y efectiva, y aumenta los costos de las operadoras perjudicando finalmente a los usuarios (“The impact of licence cost levels” on the UMTS Forum, Report Nr. 3. October 1998, Section 7. Ver también: JARACH, Dino: “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, Ed. Cangallo, 1993, pág. 306).

84 No debe olvidarse tampoco el aporte obligatorio al Fondo del Servicio Universal, cfr. art. 19.1 del Reglamento del Servicio Universal aprobado por el Decreto 764/00: *“Los Prestadores de servicios de telecomunicaciones tendrán una obligación de aporte de inversión al Fondo Fiduciario del SU equivalente al UNO POR CIENTO (1%) de los ingresos totales devengados por la prestación de los servicios de telecomunicaciones, netos de los impuestos y tasas que los graven”.* Al respecto, la SIGEN ha presentado el informe de Auditoría (Actuación AGN N° 744/03) sobre el estado de cumplimiento de los objetivos de dicho Reglamento, donde se expresa que el monto a ingresar por parte de las veinte operadoras más relevantes en el período enero de 2001 a abril de 2002, estuvo en torno de los 112.000.000 de pesos.

Entendemos que a fin de no comprometer aún más el desarrollo de las redes de telecomunicaciones móviles, debería tenderse a un mecanismo de coparticipación, entre la Nación y las provincias y los municipios, de los pagos de tributos y tasas efectuados por las empresas a aquella<sup>85</sup>.

#### **5.5. Normas relacionadas con la altura y especificaciones de seguridad, emitidas por la Fuerza Aérea Argentina.**

Todas las ESDA deben ajustarse a lo previsto en la normativa de la Fuerza Aérea Argentina, de manera tal que, previo a la construcción e instalación de los equipos de telecomunicaciones, la Operadora debe realizar los procedimientos necesarios para la aprobación de las mismas ante el mencionado organismo, encargado de la seguridad aérea. La Disposición Nro. 6/04 de esta Fuerza (que modifica y prorroga su similar Nro. 156/00) establece la estandarización en materia de balizamiento de obstáculos, previéndose en las leyes 23.928 y 17.285, y en el Decreto Nro. 2.352/83, las sanciones correspondientes para el caso de incumplimiento. Aquí también tenemos otra falencia de coordinación para minimizar el impacto visual y urbanístico: la Fuerza Aérea Argentina (Dirección de Infraestructura del Comando de Regiones Aéreas) no se ha puesto de acuerdo con los Municipios sobre los colores, por zona geográfica, que pueden ser utilizados para que la estructura pase un poco más desapercibida por los vecinos, y sea visible para el transporte aéreo. Otro punto pendiente en cuanto a la coordinación interadministrativa.

### **6. El derecho de los operadores móviles a extender sus redes.**

---

<sup>85</sup> No hemos hecho referencia al pago por el uso del espacio aéreo, ya que el Poder Ejecutivo ha vetado la ley 25.464, modificatoria de la LNT, que habilitaba a los municipios a cobrar este tributo.

Hemos visto las normas que impiden o entorpecen el desarrollo de las redes móviles<sup>86</sup>. A continuación veremos, a fin de contemplar la problemática legal en forma panorámica, algunas consideraciones jurídicas que conforman el basamento del derecho de los operadores móviles al desarrollo de la red celular a través de las estructuras de antenas.

### **6.1. Libertad de Comercio.**

El artículo 14 de la CN expresa que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita<sup>87</sup> (...)”*. En este sentido, las empresas de telefonía móvil ejercitan una industria lícita, expresamente autorizada por el Estado Nacional en sus respectivas licencias. Zarini<sup>88</sup> ha expresado que la libertad de industria ampara el trabajar o ejercer oficio y a toda actividad aplicada a obtener, transformar o transformar productos, abarcando las distintas modalidades de la industria, así como las actividades de esa índole que posibilitan el progreso y adelanto científico y tecnológico.

Ariño<sup>89</sup> ha indicado que para llevar adelante la libertad creadora, el empresario necesita libertad de producción, de organización, de ubicación de sus negocios, y que sin esta libertad, aunque exista derecho de propiedad, no puede existir empresa alguna. Finalmente, agrega que bajo la expresión “libertad de empresa” se incluye tanto la libre creación de empresas como el derecho a la

---

<sup>86</sup> La arquitectura de red necesaria para que las operadoras puedan prestar el servicio, esto es, la distribución e instalación de antenas en un determinado lugar, no responde a un criterio subjetivo de quien tiene la responsabilidad de instalarlas, sino por el contrario, responde a consideraciones exclusiva y preponderantemente técnicas que hacen que el servicio pueda ser prestado de conformidad a los estándares requeridos por el servicio y los compromisos asumidos con los pliegos licitatorios.

<sup>87</sup> Puede verse SAGÜES, Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 254.

<sup>88</sup> ZARINI, H., “Constitución Argentina, Comentada y concordada, Astrea, Buenos Aires, pág. 51,

<sup>89</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar “PRINCIPIOS DE DERECHO PUBLICO ECONOMICO”, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 254 y ss.

empresa, esto es, a la libre dirección de la misma. También se ha dicho<sup>90</sup> que la libertad de empresa contiene tres libertades distintas: la de acceder al mercado, la de permanecer en el mercado y la de salir del mercado. En este caso, con las restricciones a la implantación de redes, se estaría afectando la libertad de acceso al mercado (en el caso de un operador entrante) y la libertad de permanencia en el mercado (en el caso de extensión de red de un operador establecido). Cabe agregar que si bien el derecho a la libre empresa no es absoluto<sup>91</sup>, tampoco lo es la potestad administrativa para limitar esta libertad<sup>92</sup>. En efecto, la CSJN ha dicho que la reglamentación del ejercicio de un derecho *“debe ser razonable sin llevarla al extremo de constituir una prohibición, destrucción o confiscación”*, agregando en la misma sentencia que los Tribunales si bien no están *“llamados a examinar la oportunidad y conveniencia<sup>93</sup> de las medidas legislativas o administrativas tendientes a proteger la salud pública (...) pueden resolver en circunstancias extraordinarias de manifiesto e insalvable conflicto entre aquellas y la ley fundamental, que las misma no tienen relación con sus fines aparentes y que se han desconocido con ellas, innecesaria o injustificadamente, derechos primordiales que el poder Judicial debe amparar, como es el goce normal y honesto de la propiedad sin perjuicio de tercero, y el ejercicio de profesiones o industrias lícitas, porque de otra suerte la facultad de reglamentación de las legislaturas y de las municipalidades sería ilimitada, y las leyes ordenanzas locales*

---

90 GIMENO FELIU, J., “Fundamentos de la ordenación jurídica de la economía y escenarios del intervencionismo económico”, Derecho Administrativo, Parte Especial, obra colectiva dirigida por Bermejo Vera, 3ra edición, Civitas, Madrid, 1998, pág. 803 y ss., citado por MOLINA GIMENEZ, op. cit., pág. 136.

91 “Naturalmente, este derecho es reglamentable sobre la base del poder de policía emergente de la parte inicial del art. 14 citado, ya que se ejerce conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, SAGÜES, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, Tomo 2, pág. 255.

92 El Tribunal Constitucional español ha expresado que *“el ejercicio de la competencia municipal no puede traducirse (...) en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del espacio público municipal”* (Sentencia 24 de enero 2000, RJ 2000, 10107). Citado por MOLINA GIMENEZ, op. cit., pág. 136.

93 Para un análisis crítico de la aparente distinción entre por un lado la oportunidad y conveniencia y de una norma y por otro su eficacia, puede verse a CIANCIARDO, Juan, “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, E.D. 185-898, y del mismo autor «La máxima de razonabilidad y el respeto de los derechos fundamentales», Persona y Derecho 40-41, Pamplona (1999), *passim*.

*o nacionales sobre la materia podrían hacer ilusorias todas las garantías acordadas al habitante del país*<sup>94</sup>”.

## **6.2. Ley de telecomunicaciones.**

La Ley 19.798 establece en su art. sexto que “(...) *Las provincias o municipalidades no podrán expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, ni suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional.*” Debemos reconocer que la sanción de esta ley ocurrió durante la existencia de ENTEL, cuando esta empresa estatal contaba con otras notables prerrogativas<sup>95 96</sup> que no fueron otorgadas a los licenciatarios luego de su privatización, no obstante entendemos que debe continuar siendo aplicable a la situación actual en cuanto a “*suspender, obstaculizar o paralizar las obras*”, puesto que el servicio de comunicaciones móviles es de jurisdicción nacional y existe un interés público en su desarrollo. Además, como ya hemos visto, la potestad de reglar el comercio interprovincial es del Estado nacional y por tanto ha sido sustraída a las administraciones locales<sup>97</sup>.

---

94 Fallos CJSN 118:278.

95 A pesar de estas notables prerrogativas para la instalación de estructuras de red fija, la extensión de la red de ENTEL fue muy pobre. Prueba de esto es la existencia de más de trescientas Cooperativas telefónicas en el interior del país, que nacieron ante el desinterés de la empresa estatal en llevar el servicio a estas localidades.

96 El art. 41 de esta Ley establece que los prestadores de servicios públicos (el servicio móvil no es un servicio público) de telecomunicaciones tienen el derecho a establecer sus instalaciones en o a través de inmuebles de particulares, detallando un mecanismo que intenta el acuerdo pacífico con el particular, pero que en caso de no arribarse a tal acuerdo autoriza al prestador a gestionar la expropiación. En España se otorga al prestador de servicios públicos de telecomunicaciones por cable el derecho al establecimiento de la red de cable (art. 7 y 9 de la Ley de Telecomunicaciones por cable). Además, el art. 7 de esta ley (por remisión del art. 17 de la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones) también otorga el derecho de expropiar o imponer servidumbres sobre inmuebles privados. Ver ARIÑO, Gaspar, AGUILERA, Lucía y DE LA CUÉTARA, Juan M., “Las telecomunicaciones por cable”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 307.

97 Fallos 209:413

### **6.3. El interés público involucrado en la expansión de las redes de telecomunicaciones.**

Existe un fuerte interés público involucrado en la extensión de las redes de comunicaciones en general, y de las redes móviles en particular. Más allá de la declaración legal de este carácter, la industria de la telefonía móvil acarrea importantes beneficios socioeconómicos que desaconsejan el entorpecimiento de su desarrollo (y motivan su declaración de interés público): contribución creciente al PBI, inversión masiva, creación de empleo, creación de valor agregado con efecto multiplicador en la economía<sup>98</sup>, motor del incremento de la productividad, efectos sostenibles fruto de un ciclo de renovación tecnológica, etc.<sup>99</sup>.

La conducta de las autoridades municipales, obstructora del despliegue de las redes<sup>100</sup>, motivó a la Secretaría de Comunicaciones (“SECOM”) a solicitarles formalmente mediante el dictado de la Resolución 2114/98, que *“en aras del interés público involucrado, tengan a bien disponer la máxima colaboración a los efectos de coadyuvar a que los prestadores actuales y/o futuros, de los servicios de telecomunicaciones, realicen las obras de infraestructura necesarias para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en sus respectivas licencias de conformidad con lo establecido en los artículos 6° y 39 de la Ley N° 19.798”*. Resulta significativo el octavo considerando de la Resolución antes citada, que expresa: *“Que las tareas precedentemente indicadas (se refiere a las tareas de instalación de infraestructura de telecomunicaciones) , toda vez que tienden a una eficiente prestación de los servicios de telecomunicaciones previstos en el marco*

---

98 En Francia se estimó que el efecto multiplicador en 2002 fue de 0.66 Euro por Euro invertido, esto es, por cada Euro gastado por los operadores se generaron 0.66 Euros de valor agregado en la economía (además de los 0.63 Euros que quedan en el sector), cfr. “1992-2002: la décennie du mobile”, Asociación Francesa de Operadores Móviles (AFOM), 2003, citado por “Estudio sobre...”, op. cit., pág. 32.

99 Cfr. “Estudio sobre...”, op. cit., pág. 33.

100 El art. 4.4 del Reglamento de Licencias establece la libertad de prestador de seleccionar la arquitectura de red que *“considere más adecuada para la eficiente prestación del servicio”*. Al impedírsele la libre instalación de estructuras, los municipios estarían interfiriendo en la definición de la arquitectura de red de las empresas.

*regulatorio vigente, constituye una cuestión de indudable interés público, cuyo tratamiento no puede ser soslayado”.*

En efecto, el interés público es palmario, ya que la extensión de las redes permite que el servicio sea prestado en nuevas áreas geográficas en beneficio de poblaciones que anteriormente no podían acceder a aquel. Prueba de esto es que numerosos municipios de todo el país a través de sus Concejos Deliberantes o Jefes Municipales, soliciten a las operadoras móviles la extensión de la cobertura a distintas zonas no servidas de sus respectivos municipios<sup>101</sup>. No deja de sorprender que algunas municipalidades soliciten ampliación de cobertura (lo que implica ineludiblemente la instalación de ESDA) y otras la impidan mediante prohibiciones expresas.

Asimismo, el art. quinto del Reglamento del Servicio Universal aprobado por el Decreto 764/00 establece como uno de sus objetivos el que *“los habitantes de la República Argentina, en todo el territorio nacional, tengan posibilidades de acceder a los servicios de telecomunicaciones, especialmente aquéllos que viven en zonas de difícil acceso, o que tengan limitaciones físicas o necesidades sociales especiales”.*

#### **6.4. Obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los pliegos: cobertura y calidad del servicio.**

Si bien nos hemos estado refiriendo al *derecho* de los operadores a extender sus redes, aquí haremos referencia a la *obligación* que tienen de hacerlo, surgida de sus respectivos pliegos y de diferentes normas.

Los pliegos de licitación que adjudicaron las licencias de prestación en Argentina, incluyen distintas obligaciones de cobertura geográfica.

---

<sup>101</sup> Por ejemplo, el Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Bolívar, en su Resolución Número 84/2004, dispuso: *“Dirigirse a las compañías de telefonía celular CTI y UNIFON para que arbitren los medios necesarios de instalar (sic) una antena en la localidad de El Pirovano, para mejorar la señal, dado la inquietud planteada por los usuarios de estas compañías de telefonía celular”.*

En efecto, el SRMC debía prestar inicialmente el servicio en el Área Múltiple Buenos Aires (AMBA), La Plata, Corredor Buenos Aires-La Plata y Buenos Aires - Zárate.

Por su parte, el pliego del STM estableció la obligación de proveer el servicio en una determinada cantidad de ciudades. Esta obligación fue acrecentada por CTI, quien propuso (con el fin de hacer más competitiva su oferta) adicionalmente prestar el servicio en todas las localidades que cuenten con más de 500 habitantes.

El Pliego PCS “Interior” señaló en su art. 10° que los adjudicatarios debían prestar servicios dentro de los doce meses de vencido el período de transición a que se refiere el art. 1° del Decreto 264/98102. Agregó la norma citada que era obligatorio para los adjudicatarios ofrecer servicios de PCS de buena calidad<sup>103</sup> en forma continua y no discriminatoria en todas las capitales de provincia existentes en el área concursada respectiva dentro de los 24 meses de vencido aquel plazo. Asimismo estableció la obligatoriedad de cubrir – al quinto año de vencido el período de transición – el 50% de la población total nacional. A estos fines, la cobertura debe estar disponible en al menos un 60% de la población de cada localidad para computarla en el cálculo y deberá realizarse utilizando únicamente las frecuencias concursadas<sup>104</sup>.

El art. 10° del Pliego Interior habla de la obligación de los adjudicatarios de ofrecer servicios de PCS de buena calidad, en forma continua y no discriminatoria. Consultada la SECOM<sup>105</sup> respecto de qué debía entenderse por “buena calidad”,

---

102 La Res. SECOM N° 1686/99 establece que el período de transición hacia la competencia de las telecomunicaciones finalizó a las cero horas del día 10 de octubre de 1999.

103 Se debe tener en cuenta las previsiones sobre calidad del servicio contenidas en la Res. SECOM N° 18.979/99

104 Respecto de dicha cobertura poblacional, la Consulta al Pliego Interior N° 6 (obrante en la Circular Aclaratoria N° 1) preguntó qué debía interpretarse como “50% de la población nacional”. Se respondió que debía entenderse como el 50% de la población del área licenciada. Asimismo en las consultas N° 13 y 33 se precisa que para el cálculo del porcentaje de cada localidad se debe tener en cuenta el límite político de las mismas. A este fin remite a lo establecido en el Decreto N° 1461/93 (Pliego del STM).

105 Consulta N° 12 de la Circular Aclaratoria N° 1.

la respuesta a fue que se refería a prestar el servicio en forma continua, general y regular<sup>106</sup>.

Hemos observado entonces que los Pliegos –elaborados por el Gobierno Nacional- establecen severas obligaciones de cobertura. Los operadores, al pretender cumplir estas obligaciones, se encuentran con restricciones impuestas por las autoridades locales.

También debe considerarse que el Reglamento de Licencias establece como obligación general, la de prestar el servicio en “*condiciones de regularidad, continuidad, calidad y respetando el principio de no discriminación*”.

Por último, adviértase que si la calidad del servicio prestado por la licenciataria se aparta, cualquiera fuere su causa, de las condiciones de calidad propuestas por la CNC, será susceptible de ser sancionada. Recordemos que el régimen sancionatorio prevé multas dinerarias de diferentes cuantías y la caducidad de la licencia<sup>107</sup>.

## **6.5. ¿Licencias accesibles y entorpecimiento a la extensión de redes?**

Uno de los principios del Reglamento de Licencias<sup>108</sup> es el de no establecer barreras a la incorporación de nuevos operadores (de esta matriz surge el sistema de Licencia Única con Registro de Servicios). En efecto, este Reglamento intenta establecer “*una regulación exenta de todo privilegio, que garantice la igualdad y la libertad de comercio y de industria en el mercado de las*

---

106 También téngase en cuenta que las operadores PCS han entregado sendos pagarés (por varias decenas de millones de dólares estadounidenses) garantizando el cumplimiento de estas obligaciones.

107 Para un análisis del régimen sancionatorio de las telecomunicaciones, véase nuestro “Reflexiones sobre el sistema sancionatorio en las telecomunicaciones y su aplicación por el órgano de control”, ED 4/3/2005.

108 Para una visión panorámica sobre el Reglamento de Licencias actualmente vigente, ver RUSSELL, Esteban, “New telecom License Regime in Argentina”, Latin American Law and Business Report (Vol. 9, No 9, September 2001), World Trade Executive Inc., y CHAUMEIL, Thierry, “Licensing telecommunications services in Argentina : The new Legal Framework”, en “Communications & Stratégies”, 1999, n°35. - pp. 163-182.

*telecomunicaciones, sin barreras a la incorporación de nuevos operadores, ni obstáculos a la dinámica de servicios e incorporación de nuevas tecnologías*<sup>109</sup>".

Por tanto, podría resultar incoherente que el Estado Nacional promueva el ingreso de nuevos operadores al mercado y posteriormente los Estados municipales impidan el normal desarrollo de las redes mediante las cuales se presta el servicio.

Si bien no puede dudarse de la independencia jurídica entre los Estados Nacional, Provincial y Municipal, también debe tenerse presente (como bien lo expresa la Resolución 2114/98, ya citada) la unidad que debe regir la acción estatal, en cumplimiento del principio de colaboración que debe regir las relaciones administrativas<sup>110</sup>.

En este sentido, así como existe el "escándalo jurídico" cuando hay sentencias contradictorias sobre el mismo asunto, también puede existir el "escándalo jurídico administrativo" cuando el poder ejecutivo nacional y el provincial o municipal asumen conductas contradictorias sobre la misma problemática<sup>111 112</sup>.

En este sentido también debe tenerse presente la Ley 25.000, mediante la cual la República Argentina ratificó el Cuarto Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Organización Mundial del Comercio (OMC),

---

<sup>109</sup> Considerando doceavo del Decreto 764/00.

<sup>110</sup> Los considerandos de esta Resolución expresan "*Que en virtud del principio de colaboración que debe regir las relaciones interadministrativas, en aras de mantener la unidad de la acción estatal (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As., Abeledo - Perrot, 1995, quinta edición actualizada, Tomo I, pág. 130 y ss. HUTCHINSON, Tomas, "Régimen de Procedimientos Administrativos", Bs. As., Astrea, 1992, primera reimpresión, pag.62), resulta menester que las jurisdicciones municipales contribuyan al cumplimiento de las obligaciones que, en materia de instalación de infraestructura, disponen las licencias de los prestadores*".

<sup>111</sup> En España hubo intentos del Estado Nacional referidos a establecer criterios de coordinación generales sobre las actuaciones en los municipios que fueron, una vez sancionados como leyes, declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional Español. ("Estudio de Anteproyecto de ley sobre coordinación de las actuaciones de la Administración Públicas sobre el territorio y régimen de urbanización del suelo de 1982" y "Proyecto de Ley orgánica de armonización del Proceso Autonómico") Ver MOLINA GIMENEZ, op. cit., pág. 127.

asumiendo el compromiso de abrir a la competencia los servicios de telecomunicaciones (exceptuando los servicios satelitales) sin restricción alguna, con posterioridad al 8 de noviembre del año 2000.

## **6.6. Extensión de redes y defensa de la competencia.**

Por otro lado, el entorpecimiento jurídico a la instalación de estructuras constituye una barrera de entrada artificial legal para las eventuales nuevas empresas prestadoras del servicio móvil, que se verían en desigualdad de condiciones ante las redes ya extendidas (en mayor o menor medida) de los actuales operadores<sup>113</sup>. En rigor, la necesidad de construir nuevas redes ya constituye en sí misma una barrera de entrada, pero de las denominadas “naturales”. Esta barrera de entrada natural, puede ser agravada considerablemente si se le agrega una barrera de entrada “artificial legal”. Coloma define a las barreras de entrada naturales como *“las que están presentes en mercados en los cuales las propias características tecnológicas de los procesos de producción y distribución y el tamaño del mercado determinan que sea económicamente más eficiente que haya pocas empresas a que haya muchas”*. Montero Pascual<sup>114</sup> ha expresado que el mercado de las telecomunicaciones móviles presenta importantes barreras de entrada derivadas de las inversiones para la instalación de infraestructuras. Además, aclara que estos costos son de los denominados costos “hundidos” o “irrecuperables” (*“sunk costs”*). Coloma los

---

112 Ya Ekmekdjian expresaba que es común que existan interferencias recíprocas y superposiciones entre los actos del gobierno federal y los provinciales en su *“puja reglamentarista”* (EKMEKDJIAN, Miguel A., Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Depalma, segunda edición actualizada, 2000, pág. 503).

113 *“La disponibilidad de una red propia constituye una ventaja competitiva sustancial toda vez que permite a la operadora mayor independencia (...) Deben proporcionarse, por consiguiente, las mismas posibilidades a todas las operadoras para establecer sus propias redes de acuerdo a su estrategia”* (MOLINA GIMENEZ, op. cit, pág. 81).

114 MONTERO PASCUAL, Juan J., “Competencia en las Comunicaciones Móviles”, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, pág. 94.

define como los *“asociados con inversiones irre recuperables fuera del mercado en las cuales fueron hechas (redes eléctricas, oleoductos)”*<sup>115</sup>.

El mismo autor define a las barreras de entrada legales como las que *“surgen en situaciones en las cuales el Estado regula de alguna manera el acceso al mercado, sea a través de disposiciones directas que lo limitan o de cargas tributarias o de requisitos administrativos extraordinarios que lo vuelven más costoso”*<sup>116</sup>. Es este tipo de barreras de entrada el que se impone a los operadores mediante los *“requisitos administrativos extraordinarios”* existentes para instalar las redes de telecomunicaciones.

Desde la ciencia económica, no es menor la importancia asignada a la libertad de entrada: *“En definitiva, la competencia que supone la libertad de entrada de empresas al mercado hace que el precio caiga, el producto total aumente y el beneficio de cada empresa disminuya (...) Por tanto, podemos decir que la competencia empuja al mercado hacia la eficiencia en el sentido de que se produce lo más barato posible”*<sup>117</sup>.

Este entorpecimiento quizá viole el art. 42 de la CN<sup>118</sup> y contraría numerosos considerandos del Decreto 764/00, entre ellos el que expresa que *“el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones se encuentra sometido al cumplimiento estricto de cláusulas constitucionales, de tratados internacionales y de normas legales, tendientes a garantizar los derechos de opción de los usuarios y a establecer definitivamente la competencia, evitando toda forma de distorsión de los mercados”*<sup>119 120</sup>.

---

<sup>115</sup> COLOMA, op. cit., pág. 54.

<sup>116</sup> COLOMA, Germán, “Defensa de la Competencia”, Editorial Ciudad Argentina, 2003, Buenos Aires, pág. 55 y ss.

<sup>117</sup> CUERVO - ARANJO MARTÍNEZ, Carlos, y TRUJILLO DEL VALLE, José, “Introducción a la Economía”, McGraw-Hill, Madrid, 1992, pág.

<sup>118</sup> Art. 42: *“Las autoridades proveerán (...) a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”*.

<sup>119</sup> Así lo manifestó en España el Real Decreto Ley 1/1998 Sobre Infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, al expresar *“(…) la necesidad de dotar a los usuarios, en un momento en que es patente la rápida diversificación de la oferta en servicio de telecomunicaciones, de los medios jurídicos que garanticen la*

Finalmente, es importante que el derecho a la extensión de redes no sea entendido como un privilegio concedido por el Estado sino como un derecho efectivo de los operadores derivado de su carácter de prestadores de un servicio de interés público<sup>121 122</sup>.

## **7.Métodos para optimizar la utilización de las redes móviles. Operadores Móviles Virtuales y el Uso Conjunto.**

### **7.1. Introducción.**

Estudiaremos a continuación dos mecanismos que permiten optimizar la utilización de las EDSA: los Operadores Móviles Virtuales y la Coubicación.

---

*efectividad del derecho a optar entre los diferentes servicios (...) Es imprescindible que todos los operadores cuenten con las mismas oportunidades de acceso a los usuarios como potenciales clientes de sus servicios".* Sobre la importancia de contar con una red se ha manifestado Marquina (MARQUINA, Fermín, "LA TELEFONIA MOVIL Y SUS PRECIOS", Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Número Extraordinario, Editorial Montecorvo, Madrid): "(El sector de la telefonía móvil) *precisa una cobertura geográfica amplia con cada sistema tecnológico desde su lanzamiento comercial para hacerlo realmente atractivo en el mercado*".

120 Y el considerando décimo catorce del Decreto 764/00 expresa *ad pedem*: "(...) *el derecho de los prestadores, presentes o entrantes, a operar en el mercado bajo reglas competitivas claras, estables, igualitarias, no discriminatorias e imparciales*".

121 Para el caso del servicio de telefonía básica, derivado de su carácter de prestadores de un servicio público.

122 Según MONTERO y BROKELMANN (MONTERO, Juan y BROKELMAN Helmut, TELECOMUNICACIONES Y TELEVISION, LA NUEVA REGULACION EN ESPAÑA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 389) en España se considera el derecho a extender las redes como un privilegio otorgado por el Estado a cambio de la prestación de un servicio público (concretamente, este derecho consiste a utilizar bienes públicos y a solicitar un procedimiento de expropiación de bienes privados). Es por esto, agregan los mismos autores, que estos privilegios son concedidos a los prestadores de un servicio público, en tanto los prestadores de servicios no calificados como tales que soliciten el derecho genérico de ocupación, deben aceptar expresamente las obligaciones de "servicio público" que les sean impuestas.

En rigor, y según OFCOM<sup>123</sup>, ambos institutos son los extremos posibles de la compartición de infraestructura. En efecto, la Agencia británica clasifica las modalidades de compartición en tres: (i) Uso conjunto de infraestructuras. En este caso, lógicamente, subsisten dos redes físicamente diferenciadas. (ii) División geográfica del territorio, o “roaming nacional”, donde el operador A presta el servicio en una zona y el operador B en otra. En este sistema, cuando un cliente de A visita la zona de B efectúa roaming (y viceversa), y (iii) Distinción entre operadores de red (“netco”, según OFCOM) y operadores de servicio (“servcos”). Éstos carecen de red y de asignación de espectro, pues utilizan los de aquel.

No estudiamos el modelo ecléctico, por ser prácticamente de imposible implementación – desde el punto de vista regulatorio - en Argentina.

## **7.2. Operadores Móviles Virtuales.**

### **7.2.1. Definición. Competencia en redes y competencia en servicios.**

Molina Giménez<sup>124</sup> ha expresado que una de las formas de evitar el crecimiento de la cantidad de estructuras es la inclusión de los Operadores Móviles Virtuales (en adelante OMV). Estos han sido definidos por el Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España “La CMT analiza a

---

123 “3G Mobile Infrastructure Sharing in the UK - Note for information May 2001”. Puede verse en <http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/mobile/infraSHARE0501.htm>. “Infrastructure sharing can have a number of variants, but has as its ultimate objective the reduction of costs associated with setting up a 3G mobile radio network by sharing such facilities between one or more mobile operators. In its simplest form it is the sharing of space on masts and in associated buildings/sites (sometimes referred to as “mast sharing”). In this form there are still two physically separate networks. Another variant might be a form of geographic division of the UK market. One example might be for operator A to cover Manchester, and operator B to cover Leeds, on the understanding that network A will allow B's users onto its Manchester network. Similarly operator B would allow A's customers onto its network in Leeds. Another example might be for operators to carve up rural areas, while rolling out separate networks in core areas. These variants would amount to a form of “national roaming” (and in effect is an agreement to divide up the UK market between two or more operators). The most involved and complex form of infrastructure sharing would be for two separate 3G licensees to share more and more of the elements that make up such a network. At one extreme this would be equivalent to mast sharing, at the other a single network would be run by a separate entity on behalf of two or more WT Act Licensees. Thus the model becomes a single network company “netco” with the licensees becoming service companies “servcos”.

fondo la competencia en el mercado de las comunicaciones móviles” del 16 de enero de 2001, como “operadores de redes móviles sin acceso radio propio”, y por la Agencia Reguladora británica OFCOM125, como “una empresa que ofrece suscripción a los servicios de telecomunicaciones móviles a sus clientes, con posibilidad de hacer y recibir llamadas, pero no dispone de asignación de espectro radioeléctrico ni gestiona una red propia”.

En rigor, se ha fomentado la inclusión de este tipo de operadores con el propósito de aumentar la competencia en el sector, aparentemente paralizada (supuesto ausente en Argentina, donde la competencia en esta industria es encarnizada) por las barreras de entrada constituidas por las autorizaciones de uso del espectro y por los costos de instalación de una red<sup>126</sup>. MOLINA GIMENEZ<sup>127</sup> ha expresado que el mercado móvil español ha sufrido un “estancamiento”, por el que no se prevé un crecimiento importante de clientes a largo plazo. Este diagnóstico no es aplicable a Argentina, ya que la cantidad de líneas ha crecido exponencialmente durante todo 2004, y su crecimiento parece continuar durante el corriente año.

Expresa Molina Giménez que se pretende de este modo atenuar el modelo de integración vertical en el que el operador concentra la red y los servicios, lo que implica que cualquier operador que pretenda prestar un determinado servicio deba necesariamente desarrollar una red propia.

El modelo del OMV<sup>128</sup> viene a cuestionar este paradigma, sustituyéndolo por otro (de integración vertical) en el que no es necesario montar una nueva red para competir en el mercado, sino que los servicios son prestados a través de las redes de los operadores establecidos. Es decir, la competencia pasa a

---

124 MOLINA GIMENEZ, (op. cit., pág. 86 y ss).

125 Ver “Reseñas de Documentación”, “Ofitel Statement on Mobile virtual network operators”, en REDETI, Número extraordinario de Móviles, Editorial Montecorvo, 2001, pág. 285 y ss.

126 Puede agregarse como barrera de entrada adicional al canon por la licencia, generalmente exigido por las Administraciones Nacionales.

127 Op. cit., pág. 86.

128 SORIA BARTOLOME, Bruno, MONTERO PASCUAL, Juan, “Operadores móviles sin espectro: la clave para la efectiva competencia en móviles”, en REDETI, Número extraordinario de Móviles, 2001, pág. 89 y ss.

desarrollarse exclusivamente en el campo de los servicios, y no más en el campo de la red.

En España el OMV ha sido introducido a la regulación mediante la Orden MCYT del 14 de marzo 2002. La mencionada disposición permite la entrada inmediata de este tipo de operadores, pero aclara que este acceso debe producirse mediante un acuerdo libre<sup>129</sup> con los operadores de red existentes<sup>130</sup>.

En Inglaterra, OFCOM ha analizado el asunto en "*Oftel Statement on Mobile virtual network operators*", y dispuso, como España, que los acuerdos entre los OVM y los operadores actuales (con red), sea libre, no regulado<sup>131</sup>.

### **7.2.2. ¿Es posible jurídicamente la entrada de OMV en Argentina?**

En Argentina los MVO no han sido objeto de regulación específica. No obstante, la Resolución SECOM 88 de 2002<sup>132</sup> (apoyándose en el sistema de Licencia única establecido por el Reglamento de Licencias, y en que dicho Reglamento no establece un listado taxativo de servicios posibles - ya que según se expresa en los considerandos<sup>133</sup>, los "tipos" de licencias o servicios pueden implicar la existencia de limitaciones artificiales a los tipos de servicios que los clientes demandan y la tecnología permite), otorgó a Millicom Argentina S.A. el

---

129 Cuando decimos "libre" no nos referimos a la libertad sólo aparente que existe hoy en Argentina para negociar acuerdos de interconexión (en virtud de la fuerte regulación estatal que soportan estos acuerdos, por lo dispuesto por el Reglamento de Interconexión aprobado por el Decreto 764/00) sino que apelamos al sentido clásico de este vocablo.

130 Debe diferenciarse, según el mismo autor, entre un OMV y un operador que efectúa "roaming" o "itinerancia" en otras redes. En sentido, señala que el OMV nace con la intención de impulsar una competencia duradera con los operadores de red, y que el OMV carece por completo de acceso radio. En tanto, el roaming se efectúa entre operadores de red con el propósito de completar las deficiencias de cobertura del roamer.

131 "OFTTEL no desea tomar ninguna acción capaz de determinar una particular forma de MVO cuando sus mismo beneficios podrían obtenerse a través de acuerdos comerciales ordinarios. OFTEL cree que le mejor modo de identificar la forma exacta de operar de los MVO, que minimice sus costes asociados y añada el máximo valor posible al sector de móviles y a los consumidores, son las negociaciones comerciales entre los operadores de red y los potenciales MOV." (Ver "*Oftel Statement on Mobile virtual network operators*", op. cit).

132 B.O. 11 de Julio de 2002.

133 Considerandos 27 y 28.

Registro<sup>134</sup> del Servicio de Telefonía Móvil con Arrendamiento de Recursos Radioeléctricos. Resulta objetable el artículo tercero de esta norma, que dispone: *“La presente licencia no presupone la obligación del ESTADO NACIONAL de garantizar la disponibilidad de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio registrado, debiendo la autorización y/o el permiso de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico tramitarse ante esta Secretaría de conformidad con los términos y condiciones, estipulados en el Reglamento Sobre Administración, Gestión y Control de Espectro Radioeléctrico y en la demás normativa aplicable”*. Y resulta objetable porque hace referencia a la tramitación ante la Autoridad de Aplicación (y no ante las empresas móviles), de la autorización para el uso de frecuencias, cuando justamente, la característica constitutiva del OMV es la carencia de autorización estatal de uso de espectro<sup>135</sup>, ya que utilizan (arriendan, por eso el servicio es denominado por la SECOM como *“Servicio (...) con arrendamientos de recursos radioeléctricos”*) las bandas de frecuencias de los operadores establecidos<sup>136</sup>.

Por tanto, teniendo en cuenta el sistema de nuestro Reglamento de Licencias, y el antecedente citado, concluimos en que es jurídicamente posible el ingreso de OVM al mercado.

### **7.2.3. ¿Es conveniente la entrada de OMV en Argentina?**

---

134 Se dispuso el Registro y no la Licencia, ya que el Reglamento de Licencias se basa en el principio de “Licencia Unica” con registro de servicios posterior. Como esta empresa ya poseía Licencia desde 1997, no era necesaria una nueva Licencia sino sólo el Registro del servicio correspondiente.

135 Recuérdese la definición del OVM que da OFTEL, que expresa que *“no dispone de asignación de espectro radioeléctrico”*.

136 Debe considerarse la posibilidad de que este artículo haya sido incluido involuntariamente en la resolución en estudio, ya que suele incluirse sistemáticamente en todas las resoluciones de la SECOM que registran servicios de radiocomunicaciones, probablemente con el propósito (algo banal, por estar establecido expresamente en el art. 4.3 del Reglamento de Licencias), de aclarar que el registro del servicio no supone la disponibilidad de la frecuencia necesaria para aquel fin. Lo que en otras resoluciones puede ser una aclaración quizá útil para el lego, en este caso generó una contradicción importante en la norma.

En principio los OMV acarrearían, además de una reducción de las EDSA, un aumento de la competencia, y por tanto, un beneficio para los clientes de los servicios móviles<sup>137</sup>. No obstante, su regulación debería ser analizada con recato, ya que si la implementación de este sistema no fuera dejado a la libre negociación entre operadores (tal como recomiendan las Agencias británicas y española), naturalmente se generaría desinversión en infraestructura. OFTEL expresó sobre el punto: *“la inversión en cobertura puede disminuir, desde el momento en que se pueda acceder a las áreas poco rentables como operador virtual a través de una red ajena (...). Adicionalmente, los beneficios de la competencia entre redes y/o infraestructuras también disminuyen con los MVO, que activan sobre todo la competencia entre servicios<sup>138</sup>”*. En este mismo sentido se ha expresado Montero Pascual<sup>139</sup> al expresar: *“(...) es también cierto que una intervención pública agresiva para la implantación del modelo podría reducir las inversiones en el mercado de redes móviles (...) podría desincentivar las inversiones presentes y futuras en redes, especialmente si el precio impuesto por los reguladores por el arrendamiento de sus redes es reducido y no permite la obtención de unos beneficios suficientes”*.

En conclusión, ya se ha dicho en reiteradas oportunidades que la imposición específica de condiciones económicas y técnicas en el acceso a redes ajenas provoca desinversión en la red propiedad del operador histórico<sup>140</sup>. Correa ha expresado sobre este tema que imponer cuotas muy bajas puede provocar la entrada de operadores ineficientes, dificultar la inversión e innovación, e incluso comprometer la propia financiación y mantenimiento de las redes establecidas,

---

137 *“La introducción de este modelo de mercado permitiría el ingreso al mercado de servicios móviles de varias decenas de operadores con un control significativo sobre su producto, su marca y sus clientes, lo que ineludiblemente incrementaría el grado de competencia”*, cfr. MONTERO PASCUAL, Juan J., op. cit., pág. 177.

138 OFTEL, op. cit.

139 MONTERO PASCUAL, Juan J., op. cit., pág. 179.

140 SIDAK, J, y SPULBER, D., “Deregulatory takings and breach of the regulatory contract”, New York University Law Review, núm. 71, octubre 1996, pág. 878, citado por MOLINA GIMÉNEZ (op. cit.), pág. 92.

con el consiguiente deterioro de la calidad del servicio. Este sería un caso más dentro de esta reiterada problemática regulatoria<sup>141</sup>.

Por otro lado, suele recurrirse a la figura del OMV en mercados en los que la competencia y el crecimiento del mercado han sufrido una tregua. Por ejemplo, Molina Giménez<sup>142</sup> ha expresado que el mercado móvil español ha sufrido un “*estancamiento*”, por el que “*no se prevé un crecimiento importante de clientes a largo plazo*”. Este diagnóstico no es aplicable a Argentina, ya que la cantidad de líneas ha crecido exponencialmente durante todo 2004 y lo que ha transcurrido de 2005, y, considerando la teledensidad<sup>143</sup> celular actual, se espera que el crecimiento continúe.

### **7.3. Uso conjunto. Coubicación y Uso Conjunto. Regulación. Diferencias. Intensidad de la regulación de la obligación de otorgar Uso Conjunto.**

#### **7.3.1. La Coubicación.**

Es indudable que de la utilización de la figura del Uso Conjunto de infraestructuras se derivarían beneficios al medio ambiente, puesto que se reduciría la cantidad de estructuras portantes reduciéndose de este modo el impacto visual.

---

141 La citada problemática es habitual en la regulación de las denominadas “facilidades esenciales”. En efecto, SIBOLDI (SIBOLDI, Agustín, “De la regulación de los servicios públicos y sus límites”, Revista de la Administración Pública, Número 310, pág. 27 y ss.) ha expresado que una de los inconvenientes asociados a la doctrina de las facilidades esenciales, es la de “*evitar la violación del derecho de propiedad ante la falta de compensación económica suficiente por el uso de dicha facilidad*”. Ver asimismo CORREA, L., “The economics of telecommunications regulation”, Telecommunications Law, obra colectiva, editada por Walden I. y Angel J., Blackstone Press, Londres, 2001, citada por MOLINA GIMENEZ, op. cit., pág. 108.

142 MOLINA GIMENEZ, op. cit., pág. 86.

143 Teledensidad es la cantidad de líneas telefónicas por cada 100 habitantes.

La Coubicación es tratada por el art. 17 del Reglamento de Interconexión<sup>144</sup>, que reza: *“Los equipos para la Interconexión podrán estar localizados en las instalaciones de cualquiera de los Prestadores. A estos efectos, los Prestadores deberán poner a disposición de los demás Prestadores, el espacio físico y los servicios auxiliares que se les solicite, en sus propias instalaciones, en la medida que sea técnicamente factible y en las mismas condiciones que las de sus propios equipos o las pactadas con otros Prestadores”*.

Como puede verse, la coubicación de equipos se produce cuando, en el marco de un convenio de interconexión, el prestador *“solicitante”* (de la interconexión) arrienda al *“solicitado”* espacios en la estructura de éste último, para ubicar los equipos necesarios a fin de lograr la producción física de la interconexión.

Técnicamente no es necesario que exista esa coubicación de equipos, pues los equipos del prestador solicitante pueden no estar junto a los del prestador solicitado. No obstante, la norma citada obliga a los prestadores, para el caso de que sea técnicamente factible, a ofrecer esta facilidad.

Es menester tener en cuenta que la coubicación de equipos es un elemento accesorio al contrato de interconexión, pues se produce en el marco de éste. No en vano el asunto es tratado dentro del Reglamento de Interconexión, donde además del artículo transcrito, el punto 12.2.8 establece la obligatoriedad de incluir sus condiciones dentro de los convenios de interconexión, el 8.4 lo define como facilidad esencial y el 37.3 establece su valor *“referencial”*.

Por tanto, hemos visto que la regulación local exige la obligación de ofrecer (si fuera técnicamente posible) coubicación, siempre en el marco de un convenio de interconexión<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Para una visión panorámica del Reglamento de Interconexión argentino, ver ACUÑA, Joaquín, *“New Rules for Network Interconnection in Argentina”* (Latin American Law and Business Report) Volume 9, Number 02, February 28, 2001, WorldTrade Executive, Inc.

<sup>145</sup> En España, en virtud del Real Decreto 1736/1998, todos los operadores están obligados (si es técnica y económicamente viable, y si el prestador solicitado posee capacidad suficiente) a ofrecer coubicación en el marco de un convenio de interconexión.

### 7.3.2. El Uso Conjunto. Distinciones con la Coubicación.

Con respecto a este instituto, se observa que es un contrato no accesorio al de interconexión, sino principal y autónomo. También la regulación local exige la obligación de proveer uso conjunto de infraestructuras, de acuerdo a lo expresado en el art. 12.2.(b) del Reglamento de Licencias<sup>146</sup>: *“De ser requeridos, (los prestadores están obligados a) dar en arrendamiento a otros Prestadores todo segmento libre de sus ductos terrestres y todo espacio libre en los mástiles de antenas radioeléctricas que le pertenezcan, si fuera técnicamente factible y si la construcción de nuevos ductos o mástiles de antena fuera inconveniente debido a razones relacionadas con la protección del medio ambiente, la zonificación urbana o la planificación regional, y/o si los canales de cable y los espacios de antena no resultaren razonablemente necesarios para satisfacer las necesidades presentes y futuras del titular de dichas facilidades y de los Clientes y/o Usuarios de aquél. El arriendo deberá retribuirse en las formas y modos propios del mercado*<sup>147</sup>”.

Además, se hace referencia al uso conjunto en el punto 12.2.8 del Reglamento de Interconexión, que establece la obligatoriedad de incluir, en los convenios de interconexión, las *“condiciones en el uso compartido de instalaciones, incluida la coubicación”*. El reglamento, al considerar a la coubicación como “incluida” dentro del concepto de uso compartido, parece tomarla como una especie de aquel género. O al menos deja en claro que se refiere a conceptos diferentes, pues no puede incluirse - so pena de incurrir en una grosera redundancia - a un elemento dentro de otro, si entre ellos existe identidad.

---

<sup>146</sup> Nótese que el carácter de accesoriedad que posee la coubicación con respecto a su principal, el contrato de interconexión, queda nuevamente marcado al constatarse que, como vimos, aquel es mencionado por el Reglamento de Interconexión y éste por el Reglamento de Licencias.

<sup>147</sup> En España, no todos están obligados a proveer uso conjunto, sino sólo aquellos que dispongan derechos de ocupación sobre el dominio público, o hayan adquirido el derecho a ocupar suelo privado mediante expropiación o declaración de servidumbre forzosa (cfr. art. 50 del Real Decreto 1736/1998).

Que se incluya a las “condiciones en el uso compartido de instalaciones” dentro de los elementos a incluir obligatoriamente en los convenios de interconexión, refuerza la obligatoriedad que surge del art. 10.2(b) del Reglamento de Licencias. De otro modo, ¿qué sentido tendría la inclusión obligatoria de sus condiciones en el convenio?

Además de ser obligatorio, se lo condiciona a: 1. Que sea técnicamente factible. 2. Que la construcción de nuevos ductos o mástiles de antena fuera inconveniente debido a razones relacionadas con la protección del medio ambiente, la zonificación urbana o la planificación regional. 3. Que los espacios de antena no resultaren razonablemente necesarios para satisfacer las necesidades presentes y futuras del titular de dichas facilidades y de los Clientes y/o Usuarios del solicitado.

Obsérvese que las condiciones segunda y tercera dan lugar a un amplio debate: de acuerdo al punto dos, debe probarse la existencia de razones de medio ambiente, de zonificación urbana o de planificación regional que aconsejen el uso conjunto<sup>148</sup>. Y en cuanto a la tercera condición, resulta un tanto complejo definir las “*necesidades futuras*” que determinarán el nivel de uso de la estructura.

Sin perjuicio de esto, existe una distinción cardinal entre la Coubicación y el Uso Conjunto: aquella es definida como facilidad esencial<sup>149</sup> (lo que implica una fuerte presión de la norma para su otorgamiento) y su valor de referencia es fijado regulatoriamente. En tanto, el Uso Conjunto no es definido como facilidad esencial, y su precio debe ser fijado en una discusión libre entre las partes

---

148 De igual modo regula el artículo cuarto de la ley peruana 28.295, al establecer las condiciones para el uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Asimismo, queremos hacer notar que dicha ley declara “*de interés y necesidad pública*” el acceso y uso compartido de infraestructura.

149 El artículo cuarto del Reglamento de Interconexión define a las “*facilidades esenciales*” como “*las funciones y elementos de una red pública de telecomunicaciones que: a) son suministradas exclusivamente o de manera predominante por un solo Prestador o por un número limitado de Prestadores y b) cuya substitución con miras a la prestación de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico*”. Véase SIBOLDI, Agustín, Op. cit., pág. 27 y ss.

(“deberá retribuirse en las formas y modos propios del mercado”, de acuerdo a la norma citada).

El que no haya sido definido como facilidad esencial debe agregársele el que para su procedencia deban sortearse las condiciones apuntadas ut supra.

### **7.3.3. Intensidad de la obligación del otorgamiento del Uso Conjunto.**

Ahora bien: teniendo en cuenta que la utilización del Uso Conjunto acarrearía beneficios medioambientales, ¿es conveniente imponer a los operadores una obligación más intensa de otorgarlo (como sucede con la Coubicación)? A este respecto debería tenerse en cuenta que se ha dicho que *“su utilización (la del Uso conjunto) puede generar una ralentización del progreso tecnológico al desincentivar la inversión de los operadores. Se teme en particular que el operador histórico reduzca sus inversiones en la modernización de redes, y a su vez el operador entrante no invierta en el tendido de las suyas, paralizándose el crecimiento y mejora de las infraestructuras<sup>150</sup>”*

En este sentido, es dudosa la conveniencia de la sanción de su obligatoriedad, pues dicha regulación debería efectuar un mesurado y prudente balance entre el objetivo de reducir el impacto visual y el temible efecto no deseado de desincentivar la extensión de redes. Las reflexiones introducidas en páginas anteriores sobre los efectos no deseados de la regulación del acceso a redes ajenas son plenamente aplicables a este supuesto.

No obstante, afortunadamente algunos operadores han llevado adelante estos acuerdos en forma espontánea y sin necesidad de regulación alguna, lo que produce no sólo beneficios ambientales, sino que asegura que no se afecta – por la propia libertad de la transacción - la estructura de incentivos al desarrollo de redes.

---

<sup>150</sup> MOLINA GIMÉNEZ, op. Cit., pág. 241.

Lamentablemente, algunos municipios<sup>151</sup> cobran tributos por antena y no por EDSA (que es el generador del impacto ambiental, más allá de cuántas antenas penden de ella), por lo que se provoca, en el operador, una pérdida en el interés en recurrir a la conveniente figura del uso conjunto.

## **8. Conclusión y postulados.**

A modo de síntesis, proponemos algunos puntos como conclusiones.

1. Los municipios y los jueces, a la hora de regular y juzgar (respectivamente) la instalación de las EDSA, del servicio y de las radiaciones, deben tener en cuenta (i) el principio hermenéutico de la prevalencia federal, en su justa proporción (con su diferente intensidad de acuerdo a la materia regulada), (ii) los estudios disponibles sobre las características técnicas del servicio, y sobre los supuestos efectos a la salud que producirían las radiaciones de las antenas, y (iii) la importancia del efecto multiplicador y de los beneficios socioeconómicos que produce el servicio de comunicaciones móviles.

2. En cuanto a la fijación de los montos de las tasas municipales, sería conveniente respetar los principios tributarios de razonabilidad y de igualdad, teniendo en cuenta la relación entre el servicio prestado y aquel monto. Asimismo, sería conveniente evitar la tributación por antena, yendo a la tributación por EDSA, a fin de incentivar la libre coubicación.

3. Debería estudiarse un mecanismo claro y equitativo de distribución entre las provincias y sus municipios, de los ingresos percibidos por el Estado Nacional en concepto de Tasa Radioeléctrica y Tasa de Control. El mismo principio debería observarse en caso de futuras licitaciones para servicios móviles. Esto, a fin de compensar el impacto visual producido por las EDSA.

---

<sup>151</sup> Tigre y La Matanza (Provincia de Buenos Aires), entre otros.

4. Sería recomendable que la SECOM y la CNC tomen un rol institucional más protagónico. Lamentablemente, no alcanza con el exhorto de la Resolución SECOM 2114/98: es menester una participación más intensa que informe y oriente a los municipios sobre la normativa vigente y las consecuencias de su desconocimiento.

5. Por último, no es conveniente por el momento una regulación estatal fuerte, con imposición de condiciones económicas, del OVM y del uso conjunto. Sí es conveniente incentivar su libre utilización, quizás mediante beneficios impositivos, a fin de lograr una reducción de la cantidad de EDSA.