

Autor/es: De la Riva, Ignacio M. El Derecho Administrativo 2008-326 [2008]

Jurisdicción, dominio público y servicios públicos bajo nuestro sistema federal, en un fallo de la Corte Suprema (*)

La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Buenos Aires, provincia de c/ Telefónica de Argentina S.A. s/remoción de instalaciones” se enfrenta, una vez más, con la difícil tarea de armonizar los intereses nacionales y locales dentro del esquema federal adoptado por nuestros padres constituyentes.

Ante la pretensión de la provincia actora de hacer valer sus derechos sobre el bien del dominio público de su titularidad que ocupa el concesionario de un servicio público interjurisdiccional, se opone, en el caso, el intento de este último de quedar indemne por los gastos de remoción del cableado que le pertenece, argumentando para ello que así se lo garantiza el régimen federal que gobierna el servicio. En definitiva, dominio público local *versus* interés público nacional vinculado a la prestación del servicio, sometido –también– este último a jurisdicción federal. A este complejo mosaico la Corte encontró solución, como enseguida veremos, a partir de la lectura atenta del marco normativo aplicable.

1

El caso

La pretensión articulada en la causa por la Provincia de Buenos Aires apuntaba a que se condenara a la empresa Telefónica de Argentina S.A. a remover, a su cargo, los cables de su propiedad que interferían –según adujo– con la construcción de una obra pública en jurisdicción provincial. Sostuvo, entre otras cosas, la actora que las instalaciones en cuestión resultaban clandestinas, en tanto su emplazamiento no habría contado con la pertinente autorización de la provincia, en su condición de titular del bien de dominio público sobre el cual se asentaban.

La firma demandada opuso a la procedencia de la acción lo dispuesto en el art. 43 de la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798, conforme al cual la remoción o modificación de las instalaciones afectadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones ubicadas sobre dependencias del dominio público estaría a cargo del interesado en la ejecución de la obra o servicio de que se tratare.

Al momento de abordar la cuestión, la Corte hizo hincapié en el hecho de que, si bien la normativa legal aplicable impuso a quien demandase la remoción o modificación de las instalaciones referidas la carga de afrontar los costos de dicha operación, el mismo marco jurídico supeditó el derecho de la prestadora del servicio público a usar –con carácter temporario o permanente– el suelo, subsuelo o espacio aéreo del dominio público a la “previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes”(1).

A partir de tal circunstancia, concluyó el tribunal que la previsión legal que puso en cabeza del interesado en remover las conexiones el costo de las tareas pertinentes, sólo es concebible frente a instalaciones legítimamente desplegadas. Y en tanto en el caso la empresa del servicio telefónico no había rendido la prueba que acreditase haber requerido, oportunamente, la autorización necesaria, el tribunal juzgó inadecuado que la Provincia de Buenos Aires debiera asumir el costo de remoción de los cables en cuestión.

Sobre la base de tales consideraciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar, con costas, a la demanda entablada.

2

La jurisprudencia anterior de la Corte sobre el tema

El problema con el que se encontró la Corte Suprema en el caso motivo de comentario no era desconocido para el tribunal. En diversas ocasiones previas se plantearon al alto órgano judicial situaciones similares, con la consiguiente disyuntiva de tener que terciar entre el interés nacional inherente al funcionamiento de un servicio público federal, sometido a normas emanadas de la propia órbita nacional, y el respeto de los derechos de las provincias sobre bienes de su dominio público(2).

La tensión, en todos los casos, se presentaba entre las aspiraciones de la concesionaria de un servicio público, a la cual el marco regulatorio (la ley del sector o el contrato de concesión) reconocía el derecho de montar sus redes o infraestructuras sobre bienes del dominio público nacional o local (con el correlativo deber de la Nación, la provincia o el municipio de tolerar tal ocupación), y el titular público de dichos bienes, que reivindicaba para sí el derecho de ejercer su facultad de usar o disponer de los mismos sin tener que soportar el costo de remoción de las infraestructuras aludidas.

El conflicto entre esos dos polos fue sistemáticamente zanjado por la Corte haciendo prevalecer el criterio de que, en tanto la prestación del servicio público involucrado en cada caso se hallaba sujeta a la jurisdicción federal, frente a una regulación de dicho carácter debían ceder las disposiciones de orden local que entorpecieran u obstaculizasen el interés general tenido en miras al otorgarse la concesión(3). En línea con dicha perspectiva, entendió el tribunal que al estipular la obligación de las órbitas provincial o municipal de abonar los gastos de desplazamiento de las instalaciones referidas, las autoridades nacionales que legislaron sobre la materia no han interferido ni invadido la esfera provincial, sino que se han limitado a ejercer los poderes delegados por las provincias para regular los servicios públicos interjurisdiccionales. Ello por cuanto, según tiene dicho la propia Corte Suprema, "las facultades provinciales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional, ni justifica la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda"(4).

Bajo esa regla de la prevalencia del interés nacional es que el más alto tribunal ha enfocado y resuelto, en todos los casos referidos, la necesidad de armonizar el ejercicio de las atribuciones distribuidas entre la Nación y las provincias como resultado de un sistema de jurisdicciones compartidas, al cual se suman, en estos casos, los poderes jurídicos resultantes de la titularidad de bienes públicos por parte de aquellas últimas.

3

Premisas que subyacen en la jurisprudencia aludida

Ahora bien, el eje del razonamiento de la Corte, en apariencia sumamente lineal y despojado de toda complejidad, se asienta, sin embargo, sobre una serie de presupuestos no totalmente explicitados en los precedentes a los que se ha hecho referencia. Resulta, pues, del mayor interés intentar identificar los eslabones del silogismo implícito en dichos fallos, para poder dilucidar a partir de allí si con ocasión de aquel que ahora comentamos ha mediado o no un giro en la postura del tribunal.

La primera observación sobre la que se apoya el razonamiento de la Corte Suprema en las sentencias que integran ese acervo jurisprudencial pasa por señalar la existencia, en tales casos, de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, las cuales necesitan ser conjugadas armoniosamente con vistas a evitar interferencias que vayan en desmedro del ejercicio de los poderes de una y otra órbita. Dentro de semejante escenario, resulta, de todos modos, incuestionable que los servicios públicos de los cuales se trata están sujetos a regulación federal, por imperio de lo dispuesto por el art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional.

El segundo dato consignado en los fallos que marcan la línea delineada por la Corte se refiere a que las normas dictadas por la Nación en ejercicio de la potestad regulatoria que le ha sido asignada reconocen a los prestadores de dichos servicios el derecho de desplegar las infraestructuras del caso sobre el espacio público que fuere menester ocupar al efecto, debiendo contar para ello con la previa autorización de la jurisdicción respectiva, pertenezca dicho dominio al Estado Nacional, a las provincias o a los municipios.

Una tercera constatación plasmada en los precedentes indicados tiene que ver con la previsión normativa de que, en caso de que se deban remover tales instalaciones, será quien lo requiera –y no la prestataria del servicio– quien habrá de hacerse cargo de los costos que ello conlleve. El Procurador General de la Nación, al dictaminar en una de las causas más arriba citadas, señaló que el propósito de la cláusula referida era evitar que la empresa que presta un servicio público nacional pudiera ver comprometido su normal desenvolvimiento debido a continuas traslaciones exigidas por los gobiernos provinciales y municipales, con la consiguiente generación de imprevisibles erogaciones(5). Ante semejante apreciación, deviene innecesario dilucidar si el título que habilita a la empresa a hacer uso de los bienes públicos aludidos proviene de un permiso o de una concesión sobre esos mismos bienes: la regla sentada respecto de quién debe acarrear los gastos de remoción de las instalaciones se apoyaría, en definitiva, no en el carácter perfecto del título conferido al prestador del servicio, sino en la necesidad de no alterar la ecuación económica del contrato de concesión a cuyo amparo se reconoció ese mismo derecho.

Es, entonces, sobre la base de las consideraciones reseñadas que la Corte logra conjugar los intereses en juego, en orden a armonizar las necesidades de los distintos protagonistas de esta historia: la Nación, la provincia y el prestador del servicio público. Resta por ver si en la sentencia que motiva este comentario se deja de lado alguna de las premisas expuestas.

4

La solución del caso comentado en esta nota

El fallo objeto de estudio resuelve una controversia planteada en términos análogos a los arriba descritos, que en este caso particular enfrenta a la Provincia de Buenos Aires con la empresa Telefónica de Argentina S.A. La nota disonante, sin embargo, es que, contrariamente a lo ocurrido en los otros casos, en esta oportunidad la decisión acoge la pretensión actora tendiente a que la firma de telefonía remueva a su costo las instalaciones de cables de su propiedad que interfieren con la obra de construcción de alcantarillas a emprender por aquélla en el partido de Pilar.

¿Cuál es el motivo de este cambio en la decisión adoptada por la Corte, que parece desentonar con su postura constantemente reticente a hacer lugar a ese tipo de planteos? ¿Sugiere, acaso, un viraje en el temperamento del tribunal, más proclive, ahora, a atender las necesidades de las provincias frente a este tipo de situaciones conflictivas?

En mi opinión, no parece ser ése el caso. El texto de la sentencia anotada no contiene, como es habitual en tales circunstancias, ninguna referencia a que el órgano judicial esté modificando la línea jurisprudencial precedente en la materia. Y si se lo lee con atención, se advierte que el razonamiento volcado al fallo sigue, en rigor, los mismos presupuestos sobre los cuales se erige la posición tradicional del tribunal.

La resolución judicial destaca, en efecto, que el régimen legal vigente en materia de telecomunicaciones establece, al igual que ocurre con los otros servicios públicos, que los gastos originados por la traslación de instalaciones del servicio situadas en el dominio público quedarán a cargo del interesado en dicha remoción. Sin embargo, la misma decisión pone de manifiesto que el propio marco jurídico prevé que el uso diferencial del suelo, subsuelo o espacio aéreo nacional, provincial o municipal que, con carácter temporal o permanente, haga la empresa a cargo del

servicio de telecomunicaciones requiere de la previa autorización del titular del dominio público respectivo.

Resulta importante señalar que la consideración de este aspecto no había sido omitida en los anteriores precedentes del más alto tribunal. La nota diferencial, sin embargo, es que en esta ocasión la firma prestadora del servicio habría omitido solicitar tal autorización para desplegar sus instalaciones sobre el dominio público local. Ante ello, la sentencia observa que “no se puede concluir que (el legislador) haya establecido la carga de afrontar el gasto que slos servicios públicos de telecomunicaciones ubicadas en el dominio público –en virtud de la necesidad de realizar obras públicas provinciales–, sobre aquella autoridad a la que no se le requirió la previa autorización local para ocupar el espacio respectivo, cuando ni siquiera se intentó probar que dicha participación fuese innecesaria por haber concedido el respectivo permiso la autoridad nacional”, ya que “mal podría sostenerse que la previsión legal y legítima, en la que intenta sostenerse la demandada, ampare conductas clandestinas, tales como las llevadas a cabo al margen de otras exigencias propias de ese cuerpo legal”(6).

Se advierte así que el fallo comentado no innova sobre la jurisprudencia vigente, sino que más bien extrae una nueva derivación de la doctrina contenida en ella, siempre a partir de las premisas ya sentadas y en atención a una circunstancia que hasta el presente no se había verificado, cual es el carácter clandestino de las instalaciones de propiedad de la empresa prestataria del servicio en razón de la ausencia del pertinente pedido de autorización para su despliegue sobre bienes del dominio público. No ha mediado un cambio en la doctrina, sino en las circunstancias fácticas sobre las cuales se aplica.

Como bien recuerda la propia Corte, “si bien las licenciatarias del servicio de telecomunicaciones tienen un derecho de paso para el establecimiento de sus cableados que constituyen su actividad principal, (...) no hay duda de que ese derecho debe ejercerse conforme a las normas que regulan el servicio”(7), de manera tal que “no resulta adecuado a la tutela del interés general, que sea la Provincia de Buenos Aires quien asuma el costo de la remoción de las instalaciones que no cuentan con las autorizaciones correspondientes”(8).

En suma, la sentencia motivo de estudio mantiene el criterio de que la empresa prestataria del servicio público está exenta de cargar con el peso de la remoción de los cables o instalaciones, pero ello siempre que por su parte haya actuado con arreglo a Derecho.

voces: **derecho administrativo - servicios públicos - corte suprema de la nación - jurisprudencia - constitución nacional**

* - El autor es Profesor protitular de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la UCA.

1 - Conf. el art. 39 de la citada ley 19.798.

2 - Ver Fallos: 304:1186; 305:1847; y más recientemente, “Buenos Aires, Provincia de c. Edenor S.A. s/remoción de electroductos”, causa B.195.XXXVI, resuelta el 23-10-07.

3 - El mismo criterio ha imperado en otros casos de características similares. Conf. los precedentes de Fallos: 322:1781; 322:2862; 325:723; 327:2369; y 329:358.

4 - Conf. los precedentes de Fallos: 304:1186 y 305:1847, cits.

5 - Ver el dictamen del Procurador en la causa “Buenos Aires, Provincia de c. SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires) s/repetición”, en Fallos: 305:1847.

6 - Ver consid. 6°.

7 - Consid. 10 del fallo comentado.

8 - Consid. 11 del mismo pronunciamiento.