

Nº 2/2005

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 5º TURNO

MINISTRO REDACTOR: DRA. BEATRIZ FIORENTINO

MINISTROS FIRMANTES: DRA. SANDRA PRESA

DR. LUIS MARIA SIMON

DRA. BEATRIZ FIORENTINO

MINISTRO DISCORDE:

FICHA: 289-812/2004

Montevideo, 10 de enero de 2005.

VISTOS

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos "Eisenberg, Rebeca y otros c/ Nortel S A - Acción de amparo", Fa 289/812/04, venidos a conocimiento del Tribunal en mérito a los recursos de apelación deducidos por la parte actora y el codemandado Julio C. Arigón y el de adhesión a la apelación deducido por la codemandada A.M. Wireless Uruguay S.A, contra la sentencia No. 132 del 1º de diciembre, del 2004 dictada por el Jdo Letrado de 1era Instancia en lo Civil de Maldonado de 5to Turno.-

RESULTANDO

1.-Por el referido pronunciamiento se desestimò la demanda sin especial condena en costas ni costos.

2.-Contra dicha decisión dedujo recurso de apelación la parte actora sosteniendo emn lo fundamental:

a-que surge claramente de la demanda que se invocaron el art 47 de la Constitución, la ley 16.466 y la ley No.17283 así como la Ordenanza Deptal de Construcciones (Decreto 3718/97 como sustento normativo de la pretensión afirmando que la instalación de la antena debe calificarse como obra civil por tanto debe aplicarse la Ordenanza de construcciones que para la zona sólo permite la edificación de viviendas unifamiliares con una altura máxima de 7 metros.

b.- las sentenciante de primera instancia ha omitido referirse a la afectación del derecho a vivir en un entorno agradable, armónico que los moradores del barrio se han preocupado de preservar al diseñar y construir sus casas así como los jardines que las rodean y que, como consecuencia de la construcción de la torre, se verá gravemente agredido.

c.-por último señalan que la Sra Juez a quo falló extrapetita porque no le fue peticionado- y no podía serlo-que se pronunciara sobre otras vías alternativas en caso del rechazo del amparo.

3.-A fs 256 comparece el codemandado Marín a deducir recurso de apelación manifestando que pese a que en el cuerpo de la sentencia la proveyente afirma que el compareciente carece de legitimación pasiva, en el fallo se consigna que no se hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, lo que comporta una incongruencia debida quizás a un error involuntario en la transcripción de la sentencia,

sin perjuicio de lo cual reitera los argumentos vertidos en la audiencia al contestar la demanda-

4.-A fs 470 comparece Nortel S.A. a adherir al recurso de apelación de la parte actora en cuanto se admitió la legitimación de los actores ex art 42 del CGP remitiéndose en cuanto a la fundamentación a los términos de la contestación de la demanda.

Aboga, por último, para que no se le acuerde al recurso efecto suspensivo, tal como lo solicitara la parte actora, dado que el texto del art 10 de la ley 16011 es claro en cuanto a que solo tiene efecto devolutivo.-

5.- Sustanciadas las recurrencias, se las franqueó, se recibieron los autos en el Tribunal donde se procedió a su estudio acordándose sentencia que se dicta en el día de la fecha.

CONSIDERANDO

1.-El Tribunal, aunque sin compartir in totum la fundamentación de la recurrida, ratificará la solución desestimatoria adoptada en primera instancia.-

2.-La situación de amparo se configura toda vez que se verifican aunadamente cumplidos los requisitos a que refiere el ordinal 1ero del art 1ero de la ley 16011.

Una vez constatada la existencia de tales presupuestos, y siempre que no se pretenda procesar mediante esta vía ninguno de los actos a que refieren los literales A a C de la misma disposición, el intérprete debe, aún, consultar si no existe el condicionamiento establecido por el legislador en el art 2do de la ley.

Como señala calificada doctrina el instituto ha sido concebido como un recurso subsidiario y postrero solo utilizable cuando verdaderamente no existe otra forma de prestar jurisdicción.

3.- A M Wireless Uruguay S.A. funda su única crítica a la sentencia en haber admitido la legitimación de los actores como representantes de los intereses difusos del grupo de personas, en particular los habitantes de la zona de San Rafael que, en la tesitura de la parte actora, se verían afectados en su derecho al disfrute pleno de un entorno paisajístico y a un ambiente ecológica y estéticamente armonioso, de instalarse la torre y antena de telefonía móvil de la codemandada Nortel S.A..-

A juicio de la Sala le asiste razón.

Sin desconocer el valioso aporte de prestigiosa doctrina y jurisprudencia que han sostenido lo contrario, de acuerdo a lo que dispone el art 4 de la ley 16011, el legislador en definitiva plasmó una solución que limita la legitimación para promover la acción de amparo a los titulares de derechos o libertades, reconocidas constitucionalmente, o, en las hipótesis que sea de aplicación el art 41 del CGP, a las personas que expresamente se menciona la norma. La ley reclama la titularidad de un derecho que se alegue vulnerado para poder movilizar la excepcional vía tutelar del amparo; solo quien pueda alegar y

probar que un acto lesiona un derecho propio puede reclamar de los órganos jurisdiccionales, la protección de ese derecho.-

No se comparte entonces la posición de la parte actora y de la sentenciante de primer grado que entienden que puede habilitarse la vía del amparo cuando se invocan intereses, por legítimos que sean, tanto individuales, colectivos o difusos.

Se admite, sí, la legitimación de los accionantes por su invocada calidad de propietarios o por ser titulares del derecho a la vida pues la protección del medio ambiente dice relación con la salud física y psico-espiritual conectándose así con el derecho a la preservación del entorno en el que se vive en sus aspectos paisajísticos y estéticos por lo cual puede afirmarse que su fundamento radica en los arts 7, 72 y 47 de la Constitución en tanto expresión del (derecho a la vida) como sostiene el Dr Gross Espiell en la cita de la demanda.

4.-En cuanto a la legitimación pasiva, efectivamente como señala el recurrente Arigón, existe una discordancia entre los fundamentos de la sentencia y el fallo que es fácilmente salvable en tanto surge meridianamente claro de aquéllos que la Sra Juez a quo entendió que debía recibirse la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el recurrente .

Por consiguiente de acuerdo a lo que dispone el art 222 del CGP se procederá a corregir lo que solo puede calificarse como un error material dado que la fundamentación de la recurrida ilustra acabadamente sobre cual fue el contenido de la decisión en lo que refiere a la defensa en estudio.-

5.-Morello, siguiendo a Buzaid, sostiene que el amparo es un remedio procesal que apunta a preservar derechos ciertos (que por su claridad y evidencia no admiten discusión judicial (La sentencia que acuerda el amparo es definitiva en J.A. T IV, 1967, pag 4) por tanto solo cuando el vicio imputado es palmario puede prosperar la vía angosta de la exigente acción de amparo.

En el mismo sentido Palacios afirma que la violación constitucional invocada debe ser de un calibre suficiente para que el juez experimente una fuerte y clara convicción de que ella existe no bastando que el vicio achacado simplemente repugne al espíritu de la Constitución (L:L: T.96 pag 867).

En el caso la conducta de Nortel S.A. ni A M Wireless Uruguay S.A. no revela una frontal transgresión normativa que habilite la actuación del mecanismo tutelar del amparo.

En efecto, obra probado en autos que quien tiene competencia específica para determinar el lugar de emplazamiento de las antenas es la Intendencia Departamental y quien ha informado que no existe regulación específica sobre esa materia, lo mismo que ha ocurrido en otros casos en otros departamentos.

La posición de la parte actora que pretende que se aplique por analogía la Ordenanza General de Construcciones no es de recibo porque le asiste razón a la parte demandada cuando sostiene que la instalación de las torres no puede calificarse como obra civil sino un montaje de ingeniería.

Por lo tanto el argumento de la accionada basado en el art 10 de la Constitución deviene irrefutable además de surgir de las tomas fotográficas agregadas que antenas similares se han colocado en Montevideo y en la misma Punta del Este en zonas de similares características.

En cuanto a la afectación del medio ambiente en sus aspectos paisajísticos, no puede negarse que su defensa convoca el interés general, también debe predicarse sin duda alguna de la libertad de industria (en el caso en especial, la turística), las comunicaciones y la facilitación de la prestación de servicios que constituyen infraestructura indispensable para que exista un polo de desarrollo en la zona.

No existe previsión expresa sobre la forma de dirimir el conflicto entre derechos de igual rango lo que no significa que no pueda hallarse una solución fundada en derecho pero lo que sin duda puede afirmarse es que la índole de las cuestiones involucradas en la controversia exige una mayor amplitud de debate y prueba exorbitando el objeto de un proceso de amparo y tal como en forma conteste y reiterada sostiene nuestra jurisprudencia .

En cuanto a la fundamentación basada en los eventuales efectos nocivos para la salud que se derivarían de la colocación de antenas para telefonía móvil que aún cuando no fue objeto de especial agravio es mencionado por ambas partes en sus respectivos memoriales de agravios, la prueba por informes agregada en autos deja huérfana de sustento la pretensión dado que en los informes se afirma que no existen elementos que permitan sostener que tal afectación existe o puede llegar existir

En conclusión, dado que ni el MVOTMA, ni la URSEC , ni la propia IMM han tomado cartas en el asunto por las razones que surgen de los distintos informes, dado que emerge de autos que no existe en la normativa departamental regulación específica respecto de la colocación de antenas para telefonía móvil y dado que la controversia requiere un mayor estudio e instrucción que el que tolera un proceso de amparo, no se cumple en el caso con el requisito de la manifiesta ilegalidad.

Podrá eventualmente, de permitirse la construcción , existir ilegalidad pero al no surgir patente, ostensible sin resquicio de duda alguna, haber vacío normativo y requerir el debate mayor profundidad y mas elementos de prueba, no se verifica cumplido el primer presupuesto del amparo. .

6.-Tampoco se conjuga en la especie el requisito de admisibilidad que edicta el art 2 de la ley 16011.

La Sala ha sostenido, en conceptos trasladables a la subcausa, que si existen otras vías previstas por el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos involucrados , el amparo pretendido, no puede prosperar.

Y esas otras vías son las que de regla ha de seguirse para la tutela pretendida, porquea legalmente el amparo constituye mecanismo residual, procedente cuando circunstancias excepcionales determinan la clara ineficacia de los instrumentos procesales comunes (art 2do).

En el caso puede concluirse sin esfuerzo que la vía elegida para la deducción de la pretensión es improcedente porque la parte dispone de otros mecanismos, además de la vía administrativa y eventualmente la anulatoria ante el T.C.A., para perseguir la tuición que aquí pretende, según como se interprete la plataforma fáctica jurídica y se ejerciten los derechos que se postulan, puede acceder a procesos ordinarios o extraordinarios (como el posesorio) y, como tutela preventiva adosada a cualesquiera de ellos, al amplio régimen de cautelas en sentido estricto que permiten precaverse de hipotéticos perjuicios.

A juicio del Tribunal no puede pretenderse que un juicio ordinario eventualmente reforzado por alguna de las cautelas comprendidas en el amplio espectro legal, no constituya un medio eficaz e idóneo para proteger el derecho que se postula o para contemplar los perjuicios que se alegan.

Se subvertiría toda la disciplina del proceso ordinario y la tutela diferenciada que caracteriza el moderno proceso cautelar (que convoca la responsabilidad de los gestionantes por eventuales perjuicios que pueda causar la adopción de la medida) si se habilitara la sustitución de esas vías por el amparo ante la mera alegación de ineficacia fundada exclusivamente en el tiempo que insume la tramitación de los mecanismos comunes.

7.-Le asiste razón al codemandado Arigón al sostener que la juez no debió indicar que mecanismo procesal alternativo debían movilizar los actores para ejercitar los derechos que postulan pues como señala con acierto las vías procesales son de elección de la parte actora siendo improcedente que el Juzgado le sugiera o indique cual camino ha de transitar ante los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos.

8.-Por último y aunque lógicamente resulte sobreabundante la confirmatoria de la desestimatoria del amparo conlleva necesariamente el cese de la suspensión de la obra dispuesta liminarmente como medida provisoria por la sede a quo.

Por tales fundamentos, normas citadas, el Tribunal

FALLA

Confírmase la sentencia apelada salvo en cuanto no hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Arigón en cuya parte se la revoca y en su mérito se recibe dicha defensa y en cuanto ordenó a la parte actora a ocurrir a la vía del proceso ordinario y régimen cautelar lo que se deja sin efecto.-

Las costas y costos de la alzada en el orden causado.

Oportunamente devuélvase a la sede de origen.