

# Infraestructura de Servicios Públicos y utilización de Dominio Público y Privado: el caso del Servicio Público de Telecomunicaciones<sup>(\*)</sup>

Diego Zegarra Valdivia\*\*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- 1. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO; 2. UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.- 2.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES. 2.2 SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO.- 2.3. DOMINIO PÚBLICO Y ADMINISTRACIONES LOCALES.- 2.4. LA FORMA DE HABILITACIÓN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS; 3. AFECTACIÓN DEL DOMINIO PRIVADO: EXPROPIACIÓN Y SERVIDUMBRES; 4. LOS PROBLEMAS ACTUALES.- 4.1 CASOS DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DE UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: BARRERAS DE ACCESO.- 4.2 LA ACCIÓN DEL LEGISLADOR PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS.

## INTRODUCCIÓN

Durante la década de 1990 los países latinoamericanos experimentaron una ola de reformas que alteraron progresivamente la estructura vigente hasta ese entonces. La apertura de los mercados, el proceso de liberalización de las actividades económicas y el diseño de una economía compatible con ese nuevo enfoque, fueron parte de las políticas llevadas a cabo por casi todos los países de la región. La incorporación del

sector privado en el desarrollo de la infraestructura y la provisión de servicios públicos fueron piezas fundamentales de este nuevo esquema.

A pesar de los importantes avances que se registraron, la demanda por infraestructura para la provisión de servicios públicos, está aún lejos de ser satisfecha, y en los últimos años las decisiones de inversión de los agentes privados se han visto particularmente afectadas por factores

---

\* Ponencia presentada en las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, organizadas por la Universidad Externado de Colombia, los días 25, 26 y 27 de julio de 2007.

\*\* Doctor en Derecho - Profesor de Derecho Administrativo

políticos, económicos y jurídicos, que incrementaron la sensibilidad de los operadores de servicios públicos frente a los riesgos económicos y regulatorios.

El sector de las telecomunicaciones, fue una de las actividades, cuya promoción para la expansión de infraestructuras y para la prestación del servicio público se vio estancada. En el caso específico del Perú, los recursos destinados al desarrollo de la infraestructura han sufrido una importante contracción desde 1999, registrándose niveles muy bajos, comparables con los correspondientes a la crisis que vivió el país a fines de los ochenta y principios de los noventa<sup>1</sup>.

Frente a la importancia actual en el tema de desarrollar mecanismos que impulsen una nueva etapa en el desarrollo de la inversión en infraestructuras para la provisión de servicios públicos, el presente trabajo tiene como objetivo analizar los aspectos jurídicos vinculados con la utilización del dominio público y privado por los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones; en el entendido de que los mismos constituyen, un factor importante para el desarrollo de la infraestructura de servicios públicos y para la reducción de la brecha de inversión, aspectos que adquieren cada vez mayor relevancia por la relación directa que existe entre el acceso a los servicios públicos, el

crecimiento económico y la generación de una mayor inclusión social de la población.

El objeto de estudio así expuesto, podría resultar meramente descriptivo, por ello es que al final de este trabajo, incluimos una sección que aborda la problemática actual del derecho de los operadores a la utilización del dominio público y privado, algunos de los principales casos que es posible identificar, así como propuestas de las soluciones que el legislador ha planteado para promover el desarrollo de infraestructuras para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

#### 1. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO

La naturaleza del interés público que reviste la actividad de las telecomunicaciones, que legalmente ha sido definida en el caso del Perú como un servicio público, es el fundamento del derecho del operador de servicios públicos de telecomunicaciones para disponer de la utilización de dominio público y privado en la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones<sup>2</sup>.

Lo que debe quedar claro, sin embargo, a efectos de establecer el régimen de limitaciones a la propiedad a favor de los operadores de telecomunicaciones, es que éstas no se dan en la calificación jurídica de la actividad (sea o no un servicio público),

<sup>1</sup> De acuerdo con el Informe *LA INFRAESTRUCTURA QUE NECESITA EL PERÚ: Brecha de Inversión en Infraestructura de Servicios Públicos*, de noviembre de 2005, elaborado por Instituto Peruano de Economía y editado por ADEPSEP (Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos), existe un gran déficit de infraestructura de comunicaciones a nivel nacional, estimado en 4 500 millones de dólares.

<sup>2</sup> C. CHINCHILLA, "El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones", en C. CHINCHILLA (Coord.) *Telecomunicaciones: Estudios sobre dominio Público y Propiedad Privada*, Ed. Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2000, pág. 100; se refiere al "hecho de que sujetos públicos o privados ajenos al sector de las telecomunicaciones tengan que soportar limitaciones sobre sus propiedades, que pueden llegar hasta la privación total de las mismas mediante un procedimiento de expropiación y que ello se produzca en beneficio y a favor de sujetos privados que realizan una actividad en régimen de libre competencia".

sino en la necesidad de suministrar un servicio a los consumidores que los demanden en todo el territorio nacional<sup>3</sup>.

De acuerdo con esto último, si en su momento, en el Perú, la actividad de las telecomunicaciones deja de ser considerada un servicio público, ello no debe ser un limitante para que, quienes sean operadores de telecomunicaciones puedan conservar los derechos de utilización del dominio público o privado, en la medida en que el interés general así lo demande para que la actividad se desarrolle y pueda satisfacer las necesidades de la población.

Complementando las ideas planteadas, PAREJO ha identificado tres fundamentos que se vinculan con la configuración de este derecho y con su naturaleza jurídico-pública<sup>4</sup>:

- La valoración del interés general en la legislación de telecomunicaciones, es decir, del interés público presente en las redes públicas para la prestación de dichos servicios a la ciudadanía;

- “(...) el régimen legal determinante de la estructura, el contenido y el alcance del derecho de ocupación del dominio público determina la naturaleza jurídico-administrativa de éste”; y,

- La razón de que, “así lo impone el carácter jurídico-público y concretamente administrativo del régimen de dominio público, presidido por tres principios constitucionales - inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad - que imprimen a tal régimen una estructura contrapuesta a la de la arquitectura propia del instituto de propiedad privada”.

La Ley de Telecomunicaciones peruana (LTel)<sup>5</sup> ha regulado de forma genérica<sup>6</sup> el derecho de los operadores de los servicios públicos de telecomunicaciones (portadores y teleservicios o servicios finales), de ocupar o utilizar bienes de dominio público<sup>7</sup>. De la misma manera, lo ha hecho respecto de la facultad de dichos operadores de solicitar a la Administración

<sup>3</sup> CHINCHILLA, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit., pág. 97.

<sup>4</sup> PAREJO, L., “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones”, en T. DE LA QUADRA (Dir.), *Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial VI, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 204-206.

<sup>5</sup> Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, de 25 de abril de 1993.

<sup>6</sup> A diferencia del caso español, en el que la Ley 32/2003, Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre de 2003, se ha regulado de forma más específica los aspectos referidos al derecho de ocupación del dominio público (al respecto, *vid.* el artículo 26 de la Ley 32/2003 y el comentario que realiza del mismo P. PUCHADES, “Artículo 26, Derecho de ocupación del dominio público”, en J. CREMADES y J. RODRIGUEZ-ARANA (Dirs.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Ed. La Ley, Madrid, 2004, pág. 377 y sigs.); y al derecho de ocupación de la propiedad privada (al respecto, *vid.* el artículo 27 de la Ley 32/2003 y el comentario que realiza del mismo P. PUCHADES, “Artículo 27, Derecho de ocupación de la propiedad privada”, en J. CREMADES y J. RODRIGUEZ-ARANA (Dirs.), Ob. cit., pág. 389 y sigs.).

<sup>7</sup> Siguiendo los planteamientos de J. GONZALEZ, *Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales*, Monografía Asociada a la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* N° 7, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 28 - 29; consideramos que esta generalidad en la LTel es una muestra de que la Ley, no tiene una posición adecuada respecto a lo que supone la ocupación de los bienes de dominio público y a la propia gestión urbanística desarrollada por los Municipios, a pesar de que la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones está mediatizada por ambos aspectos.

de imponer servidumbres forzosas o realizar expropiaciones para llevar a efecto la instalación de infraestructuras públicas de telecomunicaciones<sup>8</sup>, no obstante – como veremos más adelante –, en este segundo supuesto la situación es diferente, ya que es obligada la remisión a la Ley 27117, del 10 de mayo de 1999, **Ley General de Expropiaciones**, y al **Decreto Supremo N° 005-2006-MTC**, del 22 de enero de 2006, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Servidumbres Forzosas para la Prestación de Servicios Portadores y Teleservicios Públicos de Telecomunicaciones.

Ahora bien, es indispensable tener en cuenta por los operadores que sean titulares de los derechos de ocupación y utilización del dominio público y privado, que debe cumplirse con la condición que la infraestructura se encuentre a disposición y al servicio del público. De ahí que estos derechos no se reconozcan a los prestadores de servicios privados, sea cual fuere su modalidad, pues las instalaciones de que dispongan o las que realicen no cumplen con la condición antes señalada.

En el caso de los servicios portadores, la instalación de una red de uso público es indispensable para **“proporcionar la capacidad y calidad suficiente para el transporte de señales de telecomunicaciones y para la interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones”**<sup>9</sup>. Por su parte, para prestarse los teleservicios públicos o

servicios finales se requiere de la instalación en áreas de dominio público de puestos telefónicos, como los teléfonos monedero<sup>10</sup>.

La instalación de redes y equipos, es decir de la infraestructura necesaria para la prestación de servicios portadores (locales, de larga distancia nacional o de larga distancia internacional) o servicios finales (fijo móvil, teleservicios públicos) requieren, que el operador realice la comunicación respectiva a las autoridades competentes (Ministerio de Transporte y Comunicaciones - MTC o Municipios) en caso de que se necesite ocupar o utilizar bienes de dominio público, se solicite y se realicen expropiaciones, o, se constituyan servidumbres para disponer de espacios en predios o inmuebles de propiedad privada.

En términos similares, en los contratos de concesión suscritos por el Estado peruano con los operadores se les ha reconocido los derechos que analizamos<sup>11</sup>:

#### “CLAUSULA 7. FACULTADES ADICIONALES DE LA CONCESION

A fin de permitir que la EMPRESA CONCESIONARIA cumpla con sus obligaciones referidas al desarrollo, operación y mantenimiento de la RED PÚBLICA DE TELECOMUNICACIONES para la prestación de SERVICIOS PUBLICOS DE TELECOMUNICACIONES comprendidos en este CONTRATO, se le otorgarán los siguientes derechos especiales, de conformidad con el

<sup>8</sup> Tanto lo referido a la ocupación del dominio público y a la posibilidad de afectación del dominio privado han sido regulados en el artículo 18 de la LTel.

<sup>9</sup> Al respecto, *vid.* el artículo 31 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, de 4 de julio de 2007.

<sup>10</sup> Al respecto, *vid.* el artículo 61 del RTel.

<sup>11</sup> *Contratos de Concesión con CPT S.A. ENTEL PERU S.A. (Hoy Telefónica del Perú S.A.A.)*, Ed. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, Lima, 2001, pág. 23.

artículo 18 de la LEY DE TELECOMUNICACIONES:

Sección 7.01: Servidumbres forzosas y expropiación a favor de la empresa CONCESIONARIA

A solicitud debidamente fundamentada de la EMPRESA CONCESIONARIA y por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, el MINISTERIO efectuará las gestiones que sean necesarias ante las autoridades competentes, a fin de que se impongan servidumbres forzosas o se realicen expropiaciones a favor del Estado o de la EMPRESA CONCESIONARIA, sobre los predios o inmuebles de propiedad o uso privado que sean necesarias para que ésta pueda cumplir adecuadamente con las obligaciones que asume mediante el presente CONTRATO. La imposición de servidumbres, así como las expropiaciones a que se refiere esta Sección se ejecutarán de acuerdo a las normas de la materia.

Sección 7.02: Instalaciones en los bienes de dominio público

La EMPRESA CONCESIONARIA podrá, previo conocimiento o autorización de las autoridades competentes, ocupar o utilizar los bienes de dominio público, si ello fuere necesario para cumplir con las obligaciones por ella asumidas en el presente CONTRATO”.

Es necesario señalar, que en la

legislación comparada, a diferencia del marco normativo peruano, la **Ley española de Telecomunicaciones** por ejemplo, ha introducido una serie de condiciones o límites vinculados con “la protección del medio ambiente, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana o territorial”<sup>12</sup>, límites que, sin embargo, no implican restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público o privados de los operadores, sino que se prevé, que cuando una condición de estas pudiera implicar imposibilidad por falta de alternativas, ello deberá ir acompañado de medidas alternativas, como el uso compartido de infraestructuras<sup>13</sup>.

Finalmente, otro aspecto que hay que destacar en la legislación comparada, es el establecimiento de una serie de requisitos respecto de la expedición de normativa por parte de las administraciones públicas, su publicación, la inclusión de procedimientos expeditivos para la resolución de las solicitudes de ocupación, que garanticen su transparencia, así como el respeto de los derechos de los operadores<sup>14</sup>.

A continuación, analizaremos cómo, dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano, pueden ejercerse los derechos reconocidos a los operadores, tanto en lo que se refiere a la utilización del dominio público, como en la imposición de servidumbres, o, la realización de expropiaciones sobre propiedad privada.

---

<sup>12</sup> Al respecto, *vid.* el artículo 28.2 de la Ley 32/2003 y el comentario que realiza del mismo P. PUCHADES, “Artículo 28, Normativa aplicable a la ocupación del dominio público y la propiedad privada”, en J. CREMADES y J. RODRIGUEZ-ARANA (Dirs.), Ob. cit., pág. 401 y sigs.

<sup>13</sup> Al respecto, *vid.* el artículo 29.1 de la Ley 32/2003 y el comentario que realiza del mismo P. PUCHADES, “Artículo 29, Límites de la normativa a que se refiere el artículo anterior”, en J. CREMADES y J. RODRIGUEZ-ARANA (Dirs.), Ob. cit., pág. 409 y sigs.

<sup>14</sup> Al respecto, *vid.* los incisos a), b), c) y d) del artículo 29.2 de la Ley 32/2003.

## 2. UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

### 2.1 Características generales

Para que la utilización del dominio público proceda, es necesario que el operador de servicios portadores o teleservicios públicos o servicios finales, identifique aquellos espacios del dominio público, con los que necesita contar para poder desarrollar sus planes de instalación de infraestructura (redes o de equipos) de telefonía que proporcionen servicios al público, lo que debe ser concordante con el Plan de Expansión y Modernización del servicio que obra como anexo en los contratos de concesión que hayan suscrito con el Estado<sup>15</sup>.

Como se aprecia, **“la primera condición que debe cumplir un operador para que pueda invocar y ejercer su derecho a ocupar dominio público es que dicha ocupación sea necesaria para el establecimiento de su red”**<sup>16</sup>.

No obstante esto último, el sentido que debe darse a la expresión **necesaria** no puede ser el literal, en el sentido de que sea indispensable, o forzosa e inevitable para la instalación de una red pública de telecomunicaciones, sino que dicho concepto debe ser funcional con el objetivo que inspira la regulación de esta materia,

como es el de facilitar la libre competencia y reducir el impacto urbanístico y ambiental que producen este tipo de instalaciones, lo que a su vez conlleva a minimizar las limitaciones y gravámenes que se imponen a los titulares de los bienes afectados<sup>17</sup>.

En el Perú, como se ha mencionado en el apartado precedente, este derecho del operador reconocido en la LTel y en el respectivo contrato de concesión, tiene por finalidad facilitarle la instalación de las infraestructuras necesarias para la prestación de dicho servicio (sea servicio portador o teleservicios públicos o servicios finales), lo que significa una manifestación de la predominancia del servicio público sobre el dominio de este tipo, que aunque no está literalmente señalado en la legislación, puede inferirse del propio artículo 18 de la LTel.

Es posible asimilar en el análisis de la normativa de telecomunicaciones peruana, algunos rasgos característicos del derecho genérico a la ocupación del dominio público que se han planteado en la doctrina<sup>18</sup>:

- Es un derecho jurídico-público y, concretamente administrativo de origen legal, su existencia como tal depende de su reconocimiento y asignación por la

<sup>15</sup> En opinión de P. M. GARCIA CAPDEON “Dominio público y telecomunicaciones, algunas cuestiones sobre el uso del dominio público terrestre por los operadores”, en C. CHINCHILLA (Dir.), *Ordenación de las Telecomunicaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 60, “la finalidad del legislador sectorial es otorgar al operador de telecomunicaciones que lo necesite y que asuma obligaciones de servicio público, el derecho a obtener el título que le permita ocupar los bienes, aunque después precise solicitar y obtener la autorización correspondiente para la ocupación del “metro cuadrado” concreto de la Administración titular del bien”.

<sup>16</sup> CHINCHILLA, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit. pág. 119.

<sup>17</sup> En este punto seguimos el planteamiento de C. CHINCHILLA, “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit., págs. 119 – 120.

<sup>18</sup> PAREJO, L., “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit., págs. 233-234.

autoridad sectorial.

- Se formaliza en el contrato de concesión, que habilita a la prestación del servicio público de telecomunicaciones que supone el establecimiento y explotación de red o redes públicas de telecomunicaciones.
- Su contenido tiene carácter genérico aunque referido a la ocupación del dominio público, en la medida del establecimiento y la explotación de la red o las redes públicas de telecomunicación, con las características técnicas definidas, y, para el círculo de usuarios delimitado geográficamente en los planes de expansión, presentados por el operador ante la Administración sectorial.
- Su duración depende del *status* que el operador de redes públicas de telecomunicaciones tenga, y, que provenga del contrato de concesión suscrito con el Estado peruano.

## 2.2 Sobre el reconocimiento del derecho

El otorgamiento de una concesión administrativa para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, no es suficiente para el perfeccionamiento del derecho de utilización del dominio público, ya que su reconocimiento no se

realiza de forma incondicionada, pues la Administración titular de dicho bien puede operar dentro del ámbito sus competencias y desde la exclusiva sujeción a la normativa urbanística-demanial<sup>19</sup>.

El reconocimiento de este derecho subjetivo, se canaliza a través de la formulación de una solicitud a la Administración titular del bien de dominio público, la misma que a través de una resolución constituirá y delimitará en su contenido (uso privativo) y objeto (porción de dominio público); y pondrá fin al procedimiento iniciado a instancia del operador correspondiente y se materializará en una autorización específica<sup>20</sup>.

De forma concreta, por ejemplo, en el caso de que un operador requiera la utilización de un espacio del dominio público como el derecho de vía de una carretera nacional para la instalación de redes a fin de prestar servicios portadores, la solicitud será cursada al propio MTC, quien en su calidad de titular de la red vial nacional, extenderá las correspondientes autorizaciones<sup>21</sup>.

En cambio, el operador deberá dirigir su petición a la Municipalidad Distrital, en caso de que las instalaciones utilicen la vía pública o zonas aéreas de dominio público, dentro de su circunscripción, conforme a

<sup>19</sup> PAREJO, L., "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones", Ob. cit., págs. 214-215.

<sup>20</sup> PAREJO, L., "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones", Ob. cit., pág. 235. Sobre la habilitación a través de la autorizaciones, J. GONZALEZ, *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 76; sostiene que "ha de tenerse en cuenta que lo que hace la legislación de telecomunicaciones es otorgar un derecho genérico a la ocupación que luego ha de concretarse en una autorización de uso concreto de una parcela demanial que depende de la concurrencia de los demás elementos de ordenación de las infraestructuras, que son primordialmente municipales (...)".

<sup>21</sup> En este caso las solicitudes deben ser presentadas ante Provias Nacional, entidad administrativa dependiente del MTC a cargo de la gestión y mantenimiento de las carreteras que la red vial nacional que no haya sido objeto de concesión a empresas operadores privadas.

lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades<sup>22</sup>.

Dentro de la línea de argumentación que seguimos, entonces, el derecho de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones a ocupar el dominio público, debe ser reconocido por la Administración titular de los bienes de dicho dominio, pues la existencia de los mismos se justifica, por la necesidad de servir a los intereses generales, ya sea estando destinada al uso público, o siendo utilizada para la prestación de los servicios públicos<sup>23</sup>. Con estos sencillos ejemplos, se responde al interrogante que obligadamente se plantea; el cual busca encontrar el fundamento para obligar a las Administraciones titulares del dominio público, a que autoricen el uso del dominio público a los operadores de telecomunicaciones, a los que se les ha reconocido dicho derecho.

Estando a lo señalado, coincidimos con GONZALEZ, en que la legislación sectorial no tiene por qué representar una magnificación del derecho de ocupación del

dominio público por parte de los operadores<sup>24</sup>, de ahí que la normativa que emitan las Municipalidades en aspectos de gestión de urbanismo y medio ambiente, debe servirles de contrapunto **al insertarlos en un sistema global de convivencia ciudadana**<sup>25</sup>, que tampoco represente la configuración de nuevas barreras de acceso a los operadores del servicio público de telecomunicaciones.

Hay que resaltar que, si bien el MTC o la respectiva Municipalidad tienen la obligación de autorizar la ocupación de un bien de dominio público, es probable que determinados intereses prevalentes al de la instalación de la red de que se trate, justifiquen la negativa de la respectiva Administración titular del bien de dominio público<sup>26</sup>.

Sobre esto último acierta PIÑEIRO cuando sostiene que **“(...) estos motivos de interés público, entre los que se encuentran la protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos urbanísticos, y que se engloban en los que se denominan requisitos**

<sup>22</sup> Al respecto, el numeral 3.2 del artículo 79.3 de la Ley 27972, de 26 de mayo de 2003, Ley Orgánica de Municipalidades, dispone:

*“Artículo 79.- ORGANIZACIÓN DEL ESPACIO FÍSICO Y USO DEL SUELO*

*Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones: (...)*

*3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:(...)*

*3.2 Autorizar y fiscalizar la ejecución del plan de obras de servicios públicos o privados que afecten o utilicen la vía pública o zonas aéreas, así como sus modificaciones, precio cumplimiento de las normas sobre impacto ambiental (...).”*

<sup>23</sup> CHINCHILLA, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit. pág. 121. En este mismo sentido, *vid.* M<sup>a</sup> B. PIÑEIRO RODRIGUEZ, “Derechos de ocupación del dominio público y privado en el ámbito de las telecomunicaciones: especial referencia al régimen aplicable a las entidades concesionarias de autopistas”, *REDETT* N° 13, enero-abril, 2003, pág. 105.

<sup>24</sup> En esta misma línea, A. MOLINA, *Las antenas de telefonía móvil. Régimen Jurídico*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2002, pág. 128; sostiene que “ni el derecho de los operadores a desplegar sus redes puede ser calificado como absoluto, ni las Autoridades territoriales pueden hacerlo tan penoso como para impedir de hecho su implantación”.

<sup>25</sup> GONZALEZ, J., *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 36.

<sup>26</sup> CHINCHILLA, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit. pág. 122.

esenciales, en todo caso, habrán de resultar proporcionados<sup>27</sup>, transparentes, no discriminatorios, y basados en criterios objetivos, sin que en ningún caso puedan implicar una imposibilidad absoluta del ejercicio del derecho<sup>28</sup>.

Convenimos con MOLINA en que también debe considerarse el principio de intervención mínima, en aplicación del cual se exige a la Administración que corresponda desarrollar su actividad de intervención, de tal forma que las posibles limitaciones de los derechos reconocidos a los operadores sean las estrictamente necesarias para garantizar los intereses generales. Ello significa, según el autor citado, que la Administración deberá “seleccionar la alternativa menos restrictiva a la libertad individual de los operadores cuando haya varias posibilidades – ubicaciones – compatibles con el interés objeto de protección”<sup>29</sup>.

Asimismo, es necesario tener presente la diferencia que existe entre lo que es la obligación de la Administración titular de autorizar el uso y la que implica imponer al operador determinadas condiciones y requisitos<sup>30</sup> que al final puedan ser

considerados como barreras de acceso.

Sobre esto último, a nuestro entender, el establecimiento de condiciones y requisitos para el operador que utilice el dominio público deben ser perfectamente asimilables por aquél, en la medida en que los mismos no representen la generación de situaciones de discriminación o falta de transparencia, o, que – en términos de derecho de la competencia – representen auténticas barreras de acceso.

Lo dicho puede estar representado en el necesario equilibrio que debe existir entre potestades públicas y el derecho del operador a la ocupación, lo que a su vez se traduce en una limitación recíproca: las facultades de gestión pública no son absolutas puesto que han de respetar el derecho de los operadores a ocupar los bienes, y, el derecho de los operadores a instalar sus infraestructuras en terrenos públicos tampoco es ilimitado, pues su ejercicio ha de respetar los intereses generales y públicos representados por la Administración general y los Municipios<sup>31</sup>.

En todo caso, como precisa PAREJO, la potestad que ejercita la Administración titular del dominio público, es discrecional,

<sup>27</sup> Respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de cualquier limitación al derecho del operador por parte de los Municipios, A. MOLINA, *Las antenas de telefonía móvil...*, Ob. cit., págs. 138-139; sostiene que “las medidas o imposiciones que procedan de estas Administraciones deberán adecuarse a los fines perseguidos, y ser, además, indispensables para su cumplimiento. En ningún caso será admisible que su intervención menoscabe innecesariamente el ejercicio legítimo de los derechos adquiridos por los operadores en sus títulos habilitantes. La proporcionalidad se conforma, por tanto, como un principio básico para la reducción y control de los poderes discrecionales que afectarán al desarrollo de estos derechos en la sede territorial”. Vid. también el estudio de J. I. LOPEZ GONZALEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1988, en el que se analiza la configuración técnica del principio en el Derecho administrativo.

<sup>28</sup> PIÑEIRO RODRIGUEZ, M<sup>a</sup> B., “Derechos de ocupación del dominio público y privado en el ámbito de las telecomunicaciones...”, Ob. cit., pág. 111.

<sup>29</sup> MOLINA, A., *Las antenas de telefonía móvil...*, Ob. cit., pág. 141.

<sup>30</sup> CHINCHILLA, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, Loc. cit., ídem.

<sup>31</sup> Seguimos el planteamiento de J. GONZALEZ, *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 53.

en todo lo que resulte reglado por la normativa de pertinente aplicación y desde luego, “por lo que hace a la referida y última ponderación de los intereses generales concurrentes en la demanda de uso de los bienes correspondientes”<sup>32</sup>.

### 2.3 Dominio público y Administraciones locales

Uno de los elementos en los que hay que insistir cuando se trata de instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en el dominio público, es la necesidad de que exista un mayor acercamiento entre la legislación sectorial y el marco jurídico de la actividad municipal, puesto que es indudable la intensa vinculación de la actividad de las telecomunicaciones con las funciones que cumplen los Municipios<sup>33</sup>.

Como sostiene PAREJO, a pesar de la lógica que se sigue en la regulación de los servicios de telecomunicaciones, éstos **“presentan inevitablemente una importante dimensión territorial local, en calidad de uso del suelo (así como el suelo**

**y el subsuelo) como consecuencia de su necesaria prestación a través de redes que, en último término han de ser de acceso y que deben concentrarse precisamente por razones obvias de mercado, en el tejido urbano más denso”**<sup>34</sup>.

Este reclamo, que no significa tratar de encontrar limitaciones al desarrollo del sector ni tampoco propiciar que se configuren barreras de acceso a los operadores, se plantea con la finalidad de buscar un equilibrio lógico que favorezca tanto la expansión de la actividad que beneficia el desarrollo económico, como el desarrollo urbano de la ciudad y el propósito de garantizar un medio ambiente, salubridad y seguridad adecuados para la población<sup>35</sup>.

En esta línea, es necesario propiciar niveles de coordinación entre las autoridades sectoriales de telecomunicaciones y los Municipios, para que dentro de sus planes urbanísticos haya una efectiva ordenación de las redes de

<sup>32</sup> PAREJO, L., “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit., pág. 226.

<sup>33</sup> En esta línea, L. PAREJO, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit., pág. 194; sostiene que “las características mismas de las telecomunicaciones, unidas al propósito – “la liberalización” – que anima su última regulación legal, contribuyen, en especial, a la marginación de las competencias propias de las Administraciones territoriales locales; fenómeno que resulta potenciado, en el plano sustantivo, por el descuido de las necesarias conexiones con las normas reguladoras de ámbitos y cuestiones de primera importancia para la resolución adecuada del conflicto con otros intereses que se hacen presentes en la prestación de los servicios de telecomunicaciones (...)”.

<sup>34</sup> PAREJO, L., “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit., pág. 195.

<sup>35</sup> Como señala A. LOBO RODRIGO, “La ordenación territorial y urbanística de las redes de telecomunicación. El informe del artículo 44.3 LGTEL”, *REDETI* N° 16, Enero-abril, 2003, págs. 65 – 66, respecto del caso español, por ejemplo, donde no sólo están involucrados el Estado (Gobierno central) y las Municipalidades, sino también las Comunidades Autónomas se produce un entrecruzamiento de ordenamientos jurídicos, de tal manera que, de un lado, “el ordenamiento territorial y urbanístico pueden condicionar el despliegue de redes de telecomunicación partiendo de la incidencia de este tipo de infraestructuras sobre el espacio físico y materias sobre las que las Administraciones Autonómica y Local ostentan competencias” y; de otro, al ser las telecomunicaciones una competencia sectorial del Estado, que autoriza a ésta a dictar normas y a adoptar decisiones de una innegable dimensión espacial, puede suponer un recorte de la política territorial y urbanística propia de las Administraciones Autonómica y Local, sin que ello suponga una suplantación del ordenamiento jurídico territorial y urbanístico.

telecomunicaciones que hagan posible que la prestación de servicios se den en las condiciones técnicas adecuadas, garantizando el acceso a esos servicios, a todos los que forman parte de una determinada comunidad<sup>36</sup>.

La idea central detrás de la inclusión de un Plan de Desarrollo de las Telecomunicaciones dentro de la ordenación urbanística, supone un cambio de actitud de los Municipios con respecto a la actividad de los operadores de telecomunicaciones, de tal forma que no se limite a aprobar o rechazar las solicitudes que éstos plantean, sino que busque asumir una política concreta de telecomunicaciones – en cuya elaboración no se debe prescindir de las autoridades sectoriales –, se determinen las necesidades de servicios que requiere la población, la extensión y el recorrido de las infraestructuras y las condiciones de su instalación atendiendo a los intereses de los usuarios, los intereses urbanísticos, el impacto medioambiental y, en suma, la ordenación del territorio<sup>37</sup>.

Lo concreto es que, luego de suscrito el contrato de concesión con el operador de telecomunicaciones, éste inicia la ejecución de los planes de expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones de acuerdo con las ofertas que haya realizado en el concurso público. De esta manera, uno de

los factores principales para que pueda darse inicio a la prestación de servicios, será la realización de instalaciones de infraestructura en el dominio público, cuyo titular en las poblaciones son los Municipios, pues lo determinante para la instalación no solo es el título concesional, que no deja de ser una llave de entrada, sino aquel marco jurídico del ámbito municipal que es necesario que el mismo observe.

Como hemos sostenido en su momento, a diferencia de lo que se pensaba de los procesos de liberalización o de apertura de los mercados – como es el caso peruano en el sector de las telecomunicaciones –, éstos no pueden ser entendidos como aquellos que propician la desregulación<sup>38</sup>, sino que, al contrario, la potenciación de la actividad de telecomunicaciones para su desarrollo y modernización, ha derivado en la necesidad de que se establezcan marcos jurídicos que garanticen dicho desarrollo, pero que a su vez garanticen una prestación que no afecte las condiciones ambientales, urbanísticas, de salubridad, etc. de la población a las que se dirigen.

#### 2.4 La forma de habilitación y sus implicaciones jurídicas

La autorización, es el título habilitante que utilizan en el Perú la Administración sectorial y los Municipios<sup>39</sup> para permitir

<sup>36</sup> Como sostiene J. GONZALEZ, *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 37; al no existir planes que ordenen la instalación de redes de telecomunicaciones se produce el peligro inminente de que el operador de servicios públicos de telecomunicaciones únicamente instale aquellos tramos que son económicamente rentables y se prescinda de aquellas zonas residenciales que no tiene mayores ingresos económicos, de tal forma que el acceso a los servicios de telecomunicaciones serán en ellos más costosos por falta de competencia y con una calidad de servicios que podría resultar deficiente.

<sup>37</sup> GONZALEZ, J., *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 38.

<sup>38</sup> La que, como sostiene J. GONZALEZ, *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 42; “ha proporcionada la (falsa) impresión que los operadores de telecomunicaciones tienen muchos derechos que pueden ejercitar casi libremente”.

<sup>39</sup> Al respecto, por ejemplo *vid.* los Textos Únicos Ordenados de Procedimientos Administrativos de las Municipalidades

la ocupación del dominio público por parte de los operadores que prestan servicios públicos de telecomunicaciones. Al respecto, en el ordenamiento peruano puede plantearse el tema<sup>40</sup> de si la autorización es el título adecuado para la ocupación del dominio público tratándose de la prestación de un servicio de ese tipo, o si debería cambiarse el mismo por el de una concesión administrativa.

Sobre este particular, hay tres posiciones:

La primera, según cual, la razón de haberse previsto la autorización como mecanismo de habilitación está en el hecho que permite su uso compartido con otros operadores de telecomunicaciones o de otros sectores económicos (electricidad, saneamiento) con similares derechos genéricos de ocupación del dominio, mientras que la concesión es propia del régimen del uso privativo del dominio público y, por lo tanto, no permitiría el uso compartido<sup>41</sup>.

La segunda posición, esgrimida por una

parte de la doctrina<sup>42</sup>, considera que el título habilitante para este tipo de ocupación, debería ser la concesión demanial ya que lo que se produce es un verdadero uso privativo de un espacio del dominio público.

La tercera posición, surge del análisis de esta materia que realiza LAGUNA DE PAZ, según el cual, es necesario identificar los tipos de usos del dominio público, que por lo general en el caso de las actividad de las telecomunicaciones, o son un uso común espacial o son un uso privativo<sup>43</sup>. De esta forma, según el citado autor, luego de calificar el tipo de uso - para lo cual debe atenderse a la función que desarrolla el bien en su conjunto (calle, plaza o subsuelo) y no a los concretos centímetros cuadrados sobre los que recae el uso, que son siempre objeto de una ocupación exclusiva -, podrá establecerse la conveniencia de la utilización de una licencia o de una concesión<sup>44</sup>.

Los problemas que suscitan los tres

---

de San Isidro, disponible en <http://www.munisanisidro.gob.pe> (20/07/2007) y de Miraflores, disponible en <http://www.miraflores.gob.pe> (20/07/2007), en Lima - Perú.

<sup>40</sup> Este es un tema que se ha planteado en la doctrina española, pero que consideramos no es ajeno al marco jurídico de las telecomunicaciones en el Perú. Al respecto, J. C. LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 137-138; sostiene que "el título habilitante para el aprovechamiento del dominio público local necesario para la implantación de infraestructuras de telecomunicaciones resulta una cuestión discutida. En concreto, se plantea el dilema de si su implantación requiere una licencia o una concesión demanial". Sobre este tema del mismo autor *vid. por todos*, *La Autorización Administrativa*, Ed. Civitas - Aranzadi, Pamplona, pp. 378.

<sup>41</sup> Este planteamiento fue esgrimido por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones - CMT española en el Acuerdo de 15 de julio de 1999, por el que se aprobó la contestación a la consulta formulada por Telefónica Telecomunicaciones Públicas SAU, referente a la posible restricción de la competencia como consecuencia de la adjudicación por concurso del uso privativo del suelo municipal a un único operador para la instalación y explotación de cabinas telefónicas en la vía pública. La referencia ha sido tomada de J. GONZALEZ, *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 106, Nota 65.

<sup>42</sup> Al respecto, *vid.* MONTERO J. J., y BROKELMANN H., *Telecomunicaciones y Televisión. La nueva regulación en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Ob. cit. pág. 398; A. CARRASCO y E. CORDERO, "Servicio de telecomunicaciones y derecho inmobiliario", en A. ARPON DE MENDIVIL y A. CARRASCO (Dirs.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1999, pág. 74; entre otros.

<sup>43</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004. Ob. cit., págs. 139-140.

<sup>44</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones...*, Ob. cit., pág. 140.

planteamientos no son de simple entidad, al estar vinculados, en primer lugar, con el tema de la temporalidad y la revocación de las autorizaciones que tienen carácter de licencia; en segundo lugar, con la necesidad de un plazo de utilización del dominio público en el caso de la concesión administrativa y el correspondiente régimen de reversión<sup>45</sup> de las infraestructuras y, en tercer lugar, con el tipo la determinación del tipo de uso que se le va a dar al dominio público.

En el primer caso, los operadores, pese a que tienen mayores facilidades con la habilitación de una licencia, se inclinan siempre por la indefinición en el plazo y por la inexistencia de reversión. En el segundo caso, la temporalidad de la concesión del dominio público está igualmente contraindicada para los operadores y sus inversiones, cuando precisamente a la naturaleza del dominio público le es consustancial la temporalidad de sus ocupaciones<sup>46</sup>. En el tercer caso, es necesario tener presente que determinados usos comportan una auténtica ocupación, pero no por ello tienen que someterse necesariamente a concesión administrativa<sup>47</sup>.

Al final, no puede hablarse de una solución coherente para dichos problemas porque, de un lado, eso significaría crear autorizaciones que reconozcan derechos subjetivos ilimitados y que, además, puedan perjudicar el desarrollo y la competencia en

el sector y, de otro, no es fácil decidir cuándo se está ante un uso privativo que puede ser provisional, de escasa intensidad o que tenga conformidad con el destino del bien.

Nuestra posición, coincidente con la de GONZALEZ, es la de no aceptar de forma única ni absoluta la autorización, ni en forma de licencia ni en forma de concesión, debido a que de la misma pueden derivar consecuencias negativas para las Administraciones titulares del dominio público, como para los propios operadores. En este sentido, para superar las contradicciones que pueden abrirse, la autorización para la ocupación del dominio público debe tener un procedimiento administrativo concreto y un contenido específico que debe comprender: el plazo, las consecuencias derivadas de la reversión; así como una serie de condiciones (que introducen ciertos márgenes de discrecionalidad), a pesar del carácter reglado que debe tener la misma<sup>48</sup>.

### 3. AFECTACIÓN DEL DOMINIO PRIVADO: EXPROPIACIÓN Y SERVIDUMBRES

El derecho reconocido al operador de servicios públicos de telecomunicaciones por la normativa sectorial peruana, es un derecho genérico a ocupar la propiedad privada cuando resulte necesario para la instalación de una red, ya sea a través de una expropiación o de la imposición de una servidumbre forzosa de paso de

<sup>45</sup> Al respecto, *vid.*, E. ARIMANY LAMOGLIA, *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981 y J. F. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, Ed. La Ley, Madrid, 1992.

<sup>46</sup> En este punto, seguimos el planteamiento de J. GONZALEZ, *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., págs. 110-112.

<sup>47</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones...*, Loc. cit., ídem.

<sup>48</sup> GONZALEZ, J., *Infraestructuras de Telecomunicaciones...*, Ob. cit., págs. 114-115.

infraestructuras públicas, que normalmente es lo más habitual en este tipo de actividades<sup>49</sup>.

En caso de que el operador necesitara contar con espacios de dominio privado para la instalación de redes públicas, y salvo que los titulares de dichos bienes acepten voluntariamente la ocupación, la afectación del bien inmueble podrá implicar la expropiación del mismo, por lo que deberá dirigirse éste al MTC para solicitarla, ya que de acuerdo con la Ley 27117, del 10 de mayo de 1999, **Ley General de Expropiaciones**, como dependencia administrativa será la que se constituya en el sujeto activo de la expropiación<sup>50</sup>.

Lo que debe precisarse, es que al ser éste un derecho genérico a ocupar un bien privado, ello no excluye la posibilidad de que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones puedan pretender ejercerlos de forma directa (trato directo) frente a quienes son titulares del bien que se trata ocupar. De esta forma, si el operador no ha realizado ningún tipo de tratativas con los titulares de los bienes privados para su ocupación, la Administración sectorial deberá, en la medida en que cumpla las condiciones que la LTel establece para ser reconocido como operador de servicios públicos de telecomunicaciones, reconocer el beneficio de expropiación e iniciar el procedimiento correspondiente.

Una vez realizada la expropiación a favor del Estado<sup>51</sup>, se otorgará el bien en

concesión al operador solicitante, lo que resulta de una interpretación extensiva de la Sexta Disposición Final de la Ley 27117, ya que la misma originalmente fue pensada para casos de obras públicas de infraestructura de servicios de estas características (carreteras, puertos, aeropuertos, vías de ferrocarril). Sin embargo, es posible considerar como infraestructura de servicios públicos a las redes que se instalan para prestar servicios de telecomunicaciones.

Respecto de la constitución de servidumbres, al igual que para el caso de la expropiación, es necesario que el operador dirija una solicitud al MTC cuando, a efectos de la instalación de infraestructura (redes o equipos) o de la operatividad del servicio, considere que deben establecerse limitaciones al uso de determinadas propiedades de particulares. En este contexto, es el Decreto Supremo N° 005-2006-MTC, Reglamento de Servidumbres Forzosas para la Prestación de Servicios Portadores y Teleservicios Públicos de Telecomunicaciones, la norma que regula los aspectos de carácter general, procedimiento, requisitos, plazos y demás disposiciones para la imposición de servidumbres forzosas a favor de los concesionarios de servicios portadores y/o de teleservicios públicos, sobre predios o inmuebles de propiedad privada<sup>52</sup>.

Esta norma reconoce las siguientes modalidades de servidumbres forzosas<sup>53</sup>:

<sup>49</sup> Seguimos el planteamiento de C. CHINCHILLA, "El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones", Ob. cit., pág. 128.

<sup>50</sup> Al respecto, *vid.* el artículo 10 de la Ley 27117 y la referencia que hace sobre esta materia M<sup>a</sup> B. PIÑEIRO RODRIGUEZ, "Derechos de ocupación del dominio público y privado en el ámbito de las telecomunicaciones...", Ob. cit., pág. 106.

<sup>51</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 27117, "*el único beneficiario de una expropiación es el Estado*".

<sup>52</sup> Al respecto, *vid.* el artículo 4 del Decreto Supremo N° 005-2006-MTC.

<sup>53</sup> Al respecto, *vid.*, el artículo 5 del Decreto Supremo N° 005-2006-MTC.

- a. De ocupación de predios o inmuebles privados;
- b. De ocupación temporal,
- c. De paso, para construir vías de acceso;
- d. De tránsito para custodia, mantenimiento y reparación de las redes de telecomunicaciones.

El reglamento ha incluido un dispositivo que vincula obligatoriamente cualquier acción referida a la constitución de una servidumbre con el respeto de las disposiciones en materia ambiental que el Ejecutivo haya dictado para el sector de las telecomunicaciones<sup>54</sup>, lo que constituye un importante avance para la tutela ambiental, ya que supone la armonización de la actividad de instalación de infraestructura con la normativa en materia de medio ambiente.

Por otro lado, respecto de la compensación económica que debe abonar por única vez el concesionario a favor del propietario del predio o inmueble afectado por la imposición de una de las mencionadas servidumbres forzosas, se ha establecido que ella comprende el valor de la indemnización por el perjuicio que se causare, así como por el uso del bien. Dicha compensación podrá ser fijada por acuerdo de partes o, a falta de éste, sería fijada por organismos tasadores, con lo cual queda agotada la vía administrativa y se tiene expedito el derecho de acudir al Poder Judicial<sup>55</sup>.

Asimismo, esta norma precisa que la imposición de una servidumbre forzosa no otorga exclusividad al concesionario

beneficiario respecto del uso del bien afectado, pues el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) podría determinar el uso compartido de una servidumbre<sup>56</sup>.

La norma también estableció los siguientes supuestos en los cuales el MTC estaría facultado a declarar la extinción de las servidumbres forzosas<sup>57</sup>:

- a. Cuando la concesionaria no lleve a cabo la construcción de instalaciones u obras respectivas dentro del plazo señalado al establecerse la servidumbre.
- b. Cuando el propietario del predio afectado, demuestre que la servidumbre permanece sin uso por más de doce (12) meses consecutivos.
- c. Cuando se destine la servidumbre a fin distinto para el cual se otorgó.
- d. Cuando concluya la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre.
- e. Cuando venza el plazo de la servidumbre.
- f. Cuando el concesionario lo solicite expresamente

Al igual de lo que sucede en el caso de la expropiación, para la constitución de una servidumbre de tipo legal, el operador de un servicio público de telecomunicaciones podrá buscar, sin intervención de la Administración sectorial, su constitución de forma convencional. Con todo, podrá también hacerlo por la vía legal, en cuyo

<sup>54</sup> Al respecto, *vid.*, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 005-2006-MTC.

<sup>55</sup> Al respecto, *vid.*, los artículos 17, 18, 19 y 2o del Decreto Supremo N° 005-2006-MTC.

<sup>56</sup> Al respecto, *vid.*, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 005-2006-MTC.

<sup>57</sup> Al respecto, *vid.*, el artículo 21 del Decreto Supremo N° 005-2006-MTC.

caso la constitución de la servidumbre requerirá la intervención del MTC de forma que su constitución se encuadrará bajo lo rúbrica de **obligaciones de carácter público**, es decir, su constitución *ope legis* determina que estemos ante una servidumbre legal, conforme le ha denominado el Código Civil peruano<sup>58</sup>.

#### 4. LOS PROBLEMAS ACTUALES

Hasta aquí nos habíamos limitado a analizar y a describir los principales aspectos jurídicos vinculados con el derecho de los operadores de servicios públicos – y en particular los de telecomunicaciones - a la utilización del dominio público y el dominio privado. También, enunciamos las posibles fuentes de limitación del ejercicio de este derecho y cómo es que ello podría traducirse en verdaderas barreras de acceso para el operador del servicio público.

Cumplido este objeto corresponde ahora en esta última sección, identificar aquellos casos en los que se ha limitado el desarrollo de las infraestructuras en el sector de las telecomunicaciones, sino también cuál ha sido la acción del legislador – precedida de una importante decisión política – para promover un período en el que se pueda hacer posible reducir la brecha de inversión en materia de infraestructura, pero, sobre todo, para que el marco jurídico que es aplicable pueda situarse dentro de la normalidad y predictibilidad, objetivos que no solo refuerzan el sistema, sino que son una verdadera muestra de la seguridad jurídica que el mismo puede ofrecer a quien gestiona un actividad que es considera un servicio público.

#### 4.1 Casos de limitación del derecho de utilización del dominio público: barreras de acceso

En lo últimos años, se han identificado una serie de prácticas vinculadas con la actuación de la Administración, especialmente la de los Gobiernos Locales, que se han convertido en verdaderos factores de la limitación del desarrollo de las infraestructuras, y en barreras para el acceso y uso de los bienes de dominio público (tales como el suelo, el subsuelo y aires de las vías de comunicación terrestre, calles, calzadas, veredas, ríos, puentes y vías férreas de titularidad del Estado), así como para la instalación de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Entre las prácticas más comunes están:

- La falta de celeridad de la Administración para resolver las solicitudes planteadas por los operadores con la finalidad de obtener una autorización que le permita la utilización de áreas específicas del dominio público y privado.
- La implementación de mecanismos de cobro por la utilización del dominio público a través de la creación de tasas y/o derechos por la expedición de licencias y autorizaciones municipales que no reflejan los verdaderos costos de la gestión administrativa.
- La limitaciones que establecen otros operadores de servicios públicos al no responder a solicitudes de provisión de servicios (energía) o disposición de espacio en el dominio público para la instalación de infraestructuras (derechos

<sup>58</sup> CHINCHILLA, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, Ob. cit., págs. 130-131

de vía en carreteras cuya gestión ha sido concesionada).

- Imposición de sanciones administrativas (multas) arbitrarias, desproporcionadas, no exigibles, y en muchos casos de forma retroactiva.
- Aplicación del principio de precaución en materia ambiental sin observar la indispensable motivación en aquellos actos administrativos dictados por la autoridad administrativa.

La comprobación de la configuración de verdaderas barreras de acceso, ha surgido del pronunciamiento del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, que frente a las denuncias de los operadores de servicios públicos, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades declarando la existencia de barreras burocráticas ilegales para la instalación de infraestructura<sup>59</sup>.

#### 4.2 La acción del legislador para promover el desarrollo de infraestructuras

A no dudarlo, el principal objetivo que debe tener el marco jurídico que es aplicable a la gestión de servicios públicos que requieran de infraestructuras para su provisión, es permitir que los operadores puedan tener una actividad eficiente cuyos

alcances se vean reflejados en la prestación de servicios de calidad y a precios que sean asequibles para sus usuarios.

La eficiencia en la gestión de servicios públicos y de sus infraestructuras se manifiesta en tres dimensiones en estos casos: (i) la construcción, mantenimiento y operación de una red debe conseguirse sin incurrir en sobre costos de manera que sea posible mantener los estándares de calidad prefijado; (ii) la utilización de las infraestructuras debe permitir la recuperación de los costos totales sin pérdidas innecesarias de eficiencia; y (iii) finalmente, el sistema debe ir adaptándose a las necesidades de la sociedad en el largo plazo, con mejoras y ampliaciones de capacidad, respetando las restricciones impuestas por razones urbanísticas o medioambientales.

Hecho este planteamiento y teniendo como base los problemas que limitan el desarrollo de la infraestructura para la provisión del servicio público de telecomunicaciones, así como los datos actuales que muestran un preocupante déficit de inversión de infraestructuras, la necesidad de tener soluciones es una tarea que en el contexto peruano se fue planteando hasta materializarse primero en una serie de lineamientos de desarrollo del sector y luego en una serie de propuestas

<sup>59</sup> Entre otros, es posible citar algunos de los recientes pronunciamientos del Indecopi frente a denuncias presentadas por los operadores de servicios públicos:

(i) La Resolución N° 0019-2007/CAM-INDECOPI recaída en el Expediente N° 000089-2006/CAM, que declara fundada la denuncia presentada por la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos – ADEPSEP, en contra de la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero y, en consecuencia que la disposición municipal contenida en la Ordenanza N° 0106-MDJLBYR, mediante la cual se prohíbe la instalación de antenas de telefonía celular en la circunscripción territorial de la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero, constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal.

(ii) La Resolución N° 0021-2007/CAM-INDECOPI recaída en el Expediente N° 000092-2006/CAM, que declara fundada la denuncia presentada por la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos – ADEPSEP en contra de la Municipalidad Distrital de Breña y, en consecuencia que la disposición municipal contenida en la Ordenanza N° 191-2006/MDB, mediante la cual se prohíbe la instalación de antenas de telefonía celular en la circunscripción territorial de la Municipalidad de Breña, constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal.

legislativas que hoy en día ya han pasado a ser *lex data*.

Así, el 2 de febrero de 2007, fue publicado en Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, a través del cual se incorporaron a los Lineamientos de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones los **“Lineamientos para desarrollar y consolidar la competencia y la expansión de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en el Perú”**, norma esta última cuyo objeto central es el de establecer el marco que **“promueva el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú a través de lineamientos que permitan consolidar la competencia, reducir la brecha en infraestructura de servicios de telecomunicaciones y la expansión de servicios en áreas rurales y lugares de preferente interés social”**<sup>60</sup>.

Fijado el objetivo de la norma, esta incluyó serie de metas a ser logradas para el año 2011 en el sector de las telecomunicaciones:

- a) Alcanzar una teledensidad de 12 líneas fijas por cada 100 habitantes y **60 líneas móviles** por cada 100 habitantes. El cálculo de la teledensidad en líneas fijas comprende la telefonía alámbrica e inalámbrica
- b) Incorporar a los servicios de telefonía de abonados y/o móvil a **todos los distritos** que carecen de dichos servicios.
- c) Incrementar sustancialmente el acceso a Internet y desarrollar la banda ancha en el Perú, llegando al millón de conexiones de banda ancha

al final del período.

- d) Tener disponibilidad de los servicios y tecnologías necesarias, colocándonos a la vanguardia de la modernización de la región.
- e) Impulsar la convergencia de los servicios y completar íntegramente digitalización de las redes.

Uno de los aspectos que consideramos de importancia a efectos del análisis que nos hemos planteado en este apartado, es el referido a la inclusión en la norma del núcleo de la política de promoción del desarrollo de infraestructuras en el sector de las telecomunicaciones, el mismo que está principalmente orientado a establecer una serie de directrices básicas para lo que es la actuación de la Administración, según es posible revisar del texto de la norma:

**“Las entidades del Estado no impondrán barreras burocráticas desproporcionadas e irracionales de acceso al mercado, que perjudiquen el desarrollo de las telecomunicaciones. En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades, las disposiciones que dicten los gobiernos regionales o locales deben respetar y encontrarse acordes con las políticas, normas y planes nacionales de desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones, en coordinación con el Ministerio con el fin de armonizar sus políticas y evitar conflictos o vacíos de competencia”.**

Luego de este primer paso, el Ejecutivo presentó un proyecto normativo<sup>61</sup> que en pocos meses se

<sup>60</sup> Al respecto, *vid.* el artículo 1 del D.S. 003-2007-MTC.

<sup>61</sup> Nos referimos al Proyecto de Ley que establece Régimen Especial y Temporal para la Promoción de la Expansión de

convirtió en la Ley N° 29022, Ley de Promoción de la Expansión de Infraestructura para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Si bien la citada Ley está pendiente de ser reglamentada por el Ejecutivo<sup>62</sup>, es necesario prestar atención de su contenido, ya que el mismo supone la aplicación temporal de un régimen jurídico que va favorecer la instalación y desarrollo de aquella infraestructura que sea necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Así es, sobre la base de la consideración de los servicios de telecomunicaciones como servicios de interés y necesidad pública para la integración de los peruanos y el desarrollo social y económico del país, el legislador ha establecido un marco jurídico general de aplicación temporal, caracterizado por:

- Establecer un ámbito de aplicación y de observancia obligatoria que se extiende a todas las entidades de la Administración pública, cuyo pronunciamiento sea indispensable para la instalación de una infraestructura de telecomunicaciones.
- Afirmar la competencia exclusiva y excluyente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) en la adopción de políticas y normas de alcances nacional en el sector de las telecomunicaciones.
- Establecer la subordinación de cualquier norma que sea expedida por cualquier

instancia distinta del Gobierno nacional, a la normatividad sectorial emitida por el MTC.

- La aplicación del silencio positivo (con un plazo de 30 días calendario), en todos aquellos procedimientos en los que operadores del servicio público de telecomunicaciones soliciten cualquier tipo de autorización para la utilización del dominio público.
- La utilización gratuita del dominio público (áreas y bienes) por parte de los operadores del servicio público de telecomunicaciones, sea para el despliegue de mejoras o el mantenimiento de la infraestructura instalada o por instalarse.
- Vincular las tasas o derechos que resulten exigibles con los costos reales en los que incurra la administración pública para su otorgamiento, lo que supone la observancia de los artículos 44 y 45 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
- Disponer que los operadores a cargo de la concesión de otros servicios públicos como los de electricidad e infraestructura de uso público (infraestructura de transporte), den todas las facilidades necesarias para la provisión del servicio eléctrico, así como para la instalación de infraestructura necesario para prestación del servicio público de telecomunicaciones, respectivamente.
- Establecer una serie de obligaciones

---

infraestructura para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Proyecto N° 1163-2006-PE), y que fuera presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República mediante Oficio N° 064-2007-PR de fecha 28 de marzo de 2007.

<sup>62</sup> Al respecto, la Segunda Disposición Transitoria y Final estableció que la Ley 29022 entrará en vigor al día siguiente de la publicación de su reglamento y que rige por un período de cuatro años, computados a partir de su vigencia.

básicas para los operadores del servicios público de telecomunicaciones, que van desde: el respeto a las normas de salubridad, medio ambiente y ornato; la no afectación de otros servicios, ni la generación de daños en la infraestructura de uso público ni en la de terceros; la asunción de los gastos de mantenimiento de la infraestructura de uso público que hubiere resultado afectada; hasta: la asunción por el operador del servicio público de telecomunicaciones de los daños y perjuicios que se originen como consecuencia de la instalación y operación de la infraestructura; y, que se coadyuve a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones eficaces y eficientes preferentemente en áreas rurales, zonas de frontera y lugares de interés social.

- Disponer que el Ejecutivo (Gobierno Nacional), a través de las instancias con competencia en materia de medio ambiente, apliquen y supervisen el principio de precaución en materia de instalación y despliegue de infraestructura.
- Precisar que corresponde al Indecopi, conocer de las denuncias que se formulen contra las entidades de la administración pública que incumplan las disposiciones establecidas en la Ley N° 29022.

Descrito de esta forma el contenido básico de la Ley N° 29022, resulta necesario cerrar este apartado poniendo énfasis en dos cuestiones que son imprescindibles: la identificación por el legislador de los problemas que enfrentan los operadores del servicio público de telecomunicaciones para

la instalación y desarrollo de sus infraestructuras; el carácter especial del régimen no excluye a los operadores del cumplimiento de todas aquellas obligaciones vinculadas con la protección de la salud, el medio ambiente así como la ordenación territorial.

Sobre la primera de las cuestiones, es preciso señalar que aquellas nuevas políticas sectoriales cuyo objetivo sea aumentar los niveles de la teledensidad, el número de usuarios, las conexiones a Internet y el desarrollo de la banda ancha y de la digitalización y modernización de la red y los servicios; serán incorporadas en la actividad del operador del servicio público de telecomunicaciones cuando las condiciones económicas y jurídicas estén claramente definidas para el mismo y le otorguen estabilidad a sus inversiones y su actividad.

Respecto de la segunda cuestión, resta decir que, el desarrollo de una actividad como las telecomunicaciones está sujeta a permanentes cambios cuyo referente directo es el avance tecnológico, de ahí que sea indispensable un crecimiento ordenado pero a la vez flexible de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Esto último supone la existencia de planes de ordenación en lo que se refleje la proyección del crecimiento de las ciudades y la demanda de servicios de la población, lo que no excluye el respeto de las normas básicas de salubridad y medio ambiente - bajo tutela de la Administración -, cuya observancia es regla de obligado cumplimiento para la provisión de un servicio de interés y necesidad pública como las telecomunicaciones. 