

# Breves apuntes sobre la ocupación del dominio público mediante las redes de Telecomunicaciones

MARÍA ELENA BERNAL\*

## SUMARIO:

1. Bienes públicos. 1.1. Bienes patrimoniales. 1.2. Bienes de dominio público. 2. La ocupación del dominio público mediante la instalación de redes públicas de telecomunicaciones. 2.1. Elementos de la ocupación del dominio público por parte de las redes de telecomunicaciones.

## 1. BIENES PÚBLICOS

Los bienes del Estado o bienes públicos, son aquellos que bajo cualquier título o condición se encuentran bajo control, tutela o afectación de la Administración con la finalidad que ella pueda cumplir sus funciones y competencias.

Estos bienes se encuentran conformados por bienes muebles como inmuebles, así como por bienes tangibles e intangibles, que coexisten para el desarrollo de las funciones del Estado.

Dentro de los bienes del Estado podemos encontrar dos categorías de distinta naturaleza jurídica: los bienes patrimoniales, y los bienes de dominio público o como también se les llama bienes demaniales o demanio.<sup>1</sup>

### 1.1. Bienes patrimoniales

El patrimonio privado suele definirse en sentido negativo al concepto de bienes de dominio público, señalando que son bienes de propiedad privada, aquellos de titularidad de la Administración Pública que coadyuvan

---

\* Abogada. Adjunta de Cátedra de los cursos de Derecho de las Telecomunicaciones y Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité de Egresados del Círculo de Derecho Administrativo.

1. Expresiones de origen italiano ampliamente aceptados de manera unánime por la doctrina.

al desarrollo de funciones públicas, pero que no se hayan afectos al uso general o a los servicios públicos.

*«Se trata de los bienes utilizados instrumentalmente por la Administración para atender a las necesidades internas de su propia organización y el desarrollo de los servicios que tiene encomendados.»<sup>2</sup>*

Por otro lado, el régimen patrimonial del Estado se encuentra conformado tanto por bienes muebles como inmuebles, así como por derechos reales, y por derechos intangibles. A mayor abundamiento tenemos que:

*«El conjunto de los patrimonios públicos no sólo se integra por bienes (muebles e inmuebles) de titularidad pública, sino también por derechos reales y de arrendamiento incluidos derechos de propiedad intelectual o industrial, así como por títulos representativos de capital de sociedades mercantiles.»<sup>3</sup>*

Ahora bien, el que un bien sea considerado como patrimonio del Estado se sustenta en una reserva de ley, es decir el Estado declarará previamente mediante ley qué bienes son patrimoniales a fin de regular su administración, defensa y conservación, a modo de diligente propietario.

Adicionalmente, debemos indicar que estos bienes podrán ser enajenados por la Administración conforme al procedimiento que la Ley indique, asimismo podrán adquirirse por prescripción por los particulares, ser embargados y servir como garantía frente a deudas incumplidas por la Administración respecto de terceros.

En efecto, tenemos la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de fecha 30 de enero de 1997<sup>4</sup>, la cual fue expedida con motivo de la acción

- 
2. SANTA MARÍA, ALFONSO. Principios de Derecho Administrativo. Vol. III, Centro De Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 509.
  3. BERMEO VERO, JOSÉ. Derecho Administrativo: Parte Especial. Editorial Civitas, Madrid, p. 344.
  4. A mayor abundamiento citamos la sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre el tema de la inembargabilidad de los bienes y derechos públicos. La sentencia 166/1998, del 15 de julio de 1998, en la que se reconoce la constitucionalidad del carácter inembargable de los bienes de Dominio Público, excluyendo de tal privilegio a los bienes patrimoniales, siempre que no se encuentren sujetos a un fin o uso público. Adicionalmente, es opinión del citado Tribunal Español que todos los supuestos de inembargabilidad deben encontrarse reconocidos de manera expresa en la Constitución, y que esos supuestos deberán guardar proporcionalidad con las justificaciones. BALLESTEROS, LUIS ANGEL. *La Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos*. En: Revista de Administración Pública. N° 148, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, enero-abril 1999, pág. 205.

de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26599<sup>5</sup>, que modificó el art. 648° del Código Procesal Civil. El citado Tribunal estableció de manera categórica la diferencia entre bienes de dominio público y bienes de propiedad del Estado. Esta diferencia se sustentó en el carácter inembargable de los bienes demaniales<sup>6</sup>, mientras que los bienes patrimoniales del Estado sí son susceptibles de embargo.

## 1.2. Bienes de dominio público

### a) *Naturaleza jurídica de los bienes de dominio público*

En la doctrina administrativa existen diferentes tesis<sup>7</sup> acerca de la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público, sin embargo dos de ellas son las principales y sobre las cuales centraremos nuestro análisis.

La primera de ellas hace referencia al derecho de propiedad de la Administración respecto de los bienes de dominio público, la cual fue postulada por Maurice Hauriou<sup>8</sup>, por primera vez en 1892, y que cuenta con muchos seguidores<sup>9</sup>. Al respecto, Hauriou señaló:

*«...La explicación de la relación del Estado con los bienes demaniales como una relación de soberanía, poniendo de relieve que ésta sólo podía ser cierta*

- 
5. Ley N° 26599: Art. 1°.- Sustitúyase el art. 648° del Código Procesal Civil, el mismo que quedo redactado con el siguiente texto:  
«Artículo 648°.- Bienes inembargables: Son bienes inembargables  
1. Los bienes del Estado  
Las resoluciones judiciales o administrativas consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del sector al que correspondan».
  6. A mayor abundamiento, se estableció que los bienes demaniales se encuentran sujetos a un régimen jurídico exorbitante que los excluye del tráfico privado.
  7. Las diferentes tesis las enuncia muy claramente Javier Pérez-Arda, sintetizándolas de la siguiente manera: (i) un poder de soberanía (RICCI), (ii) no es susceptible de propiedad sino solamente un título de intervención (PROUDHOM), (iii) propiedad latente que pasaría a acto al desaparecer la afectación (WINDSCHEID SCIALOJA), (iv) relación de propiedad o dominio del Estado. En: CHINCHILLA MARÍN CARMEN y OTROS, *Telecomunicaciones: Estudio sobre Dominio Público y Propiedad Privada*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 2000. p. 14.
  8. La posición de Hauriou influenció considerablemente en la doctrina y la jurisprudencia francesa, para posteriormente influenciar en el Derecho español.
  9. Autores que han desarrollado posiciones favorables a la teoría del régimen patrimonialista son: GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, SAINZ MORENO, MARTÍN RETORTILLO, entre muchos otros.

*desde una consideración global, de conjunto, sobre géneros completos de bienes de dominio público (las carreteras, los ríos, las costas, etc.) insusceptibles de apropiación privada.»<sup>10</sup>*

Sin embargo, la citada postura resulta incorrecta a la luz de la doctrina contemporánea, ya que únicamente toma en consideración a una categoría global de bienes, tales como los ríos, las costas, etc., dejando de lado los bienes concretos (camino, carreteras, parques, inmuebles, etc.) e inclusive a parte de los mismos, que son susceptibles de un «auténtico» derecho de propiedad.

Ahora bien, acerca de la titularidad dominical a favor de la Administración, Hauriou tuvo que reconocer que el derecho de propiedad que se otorgaba a favor de la Administración no tenía la misma naturaleza que la propiedad en el derecho civil, por lo que sostiene:

*«...que la propiedad civil no es más que un tipo específico de propiedad que no agota la complejidad de manifestación de este derecho real, razón por la cual debe admitirse la existencia de un derecho de propiedad administrativa, que es precisamente lo que recae sobre el demanio.»<sup>11</sup>*

Respaldando la posición inicial de Hauriou, otros autores, como Berthelemy, han indicado que la propiedad pública no es la propiedad del derecho civil, sino una propiedad *sui generis*. En ese sentido, manifiesta que las instituciones del derecho privado no pueden ser aplicadas con sus mismas características en el ámbito público dada las particularidades de este último régimen.

*«Partimos de que no es posible transplantar instituciones de la esfera jurídica privada a la pública, como en el supuesto de la propiedad, aunque no sea posible transplantarlo de forma total, ya que las particularidades del régimen público imponen determinadas características, que han de cambiar el contenido de las figuras jurídicas del Derecho Privado.»<sup>12</sup>*

No obstante estas argumentaciones no convencieron a muchos autores, por lo cual seguidores de la posición de Hauriou, a fin de mantener vigente la tesis patrimonialista del Dominio Público, postularon una

- 
10. PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo III: Bienes Públicos: Derecho Urbanístico*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1991, p. 60.
  11. MARTINEZ, FRANCISCO. *¿Qué es Dominio Público?*. En: *Themis*, N° 40, p. 265-266.
  12. FRANCH, MARTA. *Imbricación del Derecho Público y Privado*. En: *Revista de Administración Pública*. N° 139, enero-abril, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1996, p. 423.

teoría vinculada a la función social de la propiedad, la cual postula «la subordinación de toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general.»<sup>13</sup>

Es decir, se postula que la propiedad privada y la pública se van a encontrar subordinadas al interés público, aunque se reconoce que la pública va a encontrarse influenciada con mayor intensidad por este interés general. Con lo cual se asume que queda explicada la naturaleza patrimonial del dominio público.

De otro lado, también tenemos otra posición que manifiesta que el Dominio público es un régimen jurídico, una técnica o título causal de intervención, mediante la cual el ente Administrativo se encuentra en capacidad suficiente de administrar los bienes de dominio público en beneficio de un interés público<sup>14</sup>.

Así coincidimos con las palabras de Alfonso Parejo en el sentido que «El dominio público no interesa como propiedad, sino como justificación para que la Ley atribuya determinadas facultades y para que el Derecho Privado no llegue a absorberlo.»<sup>15</sup> Como nos podemos dar cuenta para este autor, y para la postura del régimen jurídico, el dominio público no constituye un objeto de derecho, sino más bien una relación jurídica entre la Administración y los administrados.

Asimismo, somos de la opinión que el derecho de propiedad es único, y es el que se encuentra reconocido en el Código Civil. Por lo cual la Administración en el supuesto que sea propietaria de los bienes dema-

- 
13. SAINZ, FERNANDO. *El Dominio Público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza*. En: Revista de Administración Pública. N° 150, septiembre, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1999, p. 482.
  14. Este interés público o también conocido como interés general viene principalmente conformado por las necesidades colectivas de la población. Necesidades de la población que integran necesariamente el interés individual de cada usuario, pero que van más lejos del mismo. Estas necesidades públicas, estas necesidades sociales, esta utilidad pública, la importancia de la actividad para la colectividad explican, en suma, la relación especial con la Administración Pública que ha creado el organismo que realiza la misión o que ha investido a los particulares para la realización de la misma. MALARETI, ELISENDA, *Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del Contexto*. En: Revista de Administración Pública No. 145, enero-abril, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1998, pp. 62-63.
  15. MARTINEZ, FRANCISCO. Op. cit., p. 268.

niales, deberá serlo de acuerdo a las características señaladas en el Código Civil, sin embargo, en el supuesto caso de asumir la tesis patrimonialista en los bienes de dominio público, en muchos casos:

*«la Administración resulta ser un -titular incluso registral- que no puede vender sus bienes por estar constitucionalmente proclamada su inalienabilidad, cuando el contenido esencial de la propiedad, según el art. 348º del Código Civil, y el simple sentido común, forma parte del derecho de comerciar y disponer.»<sup>16</sup>*

Como podemos observar, si bien se dice que la Administración es propietaria de los bienes demaniales, ella no podrá realizar ningún acto de disposición ni uso de los mismos, con lo cual se desnaturaliza el concepto de propiedad, ya que se le extrae su contenido esencial y, en consecuencia, se deja vacía su definición.

Finalmente, sobre los cuestionamientos expuestos, podríamos afirmar que en la actualidad se encuentra ya superada la concepción clásica que identificó al dominio público exclusivamente con el título de propiedad por las deficiencias prácticas y teóricas que este involucra. De allí que, compartimos las afirmaciones de Carmen Chinchilla, quien sostiene:

*«Puede decirse que hoy son mayoría los autores que estiman que el Dominio Público «ni supone ni excluye el vínculo de apropiación o pertenencia privativa», sino que es un título jurídico de intervención, un soporte jurídico de potestades, en virtud del cual la Administración regula y ordena la utilización y aprovechamiento de unos bienes al cumplimiento de un fin de interés público.»<sup>17</sup>*

#### **b) Definición de los bienes de dominio público**

La doctrina contemporánea define al Dominio Público como el régimen jurídico o la potestad de intervención que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para que ésta, mediante su gestión y control, garantice el destino de determinados bienes, ya sea muebles o inmuebles, al uso público o a un servicio público, mediante una necesaria afectación del bien, y que como consecuencia

---

16. PAREJO, LUCIANO. Op. cit, p. 531.

17. CHINCHILLA, CARMEN. *Bienes Patrimoniales del Estado: Concepto y formas de adquisición por atribución de Ley*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001, p. 97.

de la citada afectación resultan sometidas a un régimen especial de utilización y protección.

Así también debemos recordar que la definición de esta institución se encuentra influenciada por el contexto histórico y cultural de cada época. En ese sentido, algunos bienes que en determinado momento han sido considerados como de dominio público, dejaron de serlo en otro momento de la historia, dado, entre otros factores, a los avances tecnológicos y culturales de cada época.

A modo de ejemplo, podemos citar lo que ocurre en el sector de telecomunicaciones, en el cual, actualmente, se postula que la numeración, modo de identificación de los usuarios, y los intervalos de numeración que los operadores necesitan para prestar sus servicios al público sean considerados un recurso público escaso y limitado, en consecuencia un bien de dominio público que necesite de una regulación y protección especial.

De igual modo ocurre con el espectro radioeléctrico<sup>18</sup> o espectro de frecuencias, al cual la doctrina y algunas legislaciones<sup>19</sup> la consideran como un bien de dominio público. La motivación que se ha tenido para considerar a este bien como tal puede encontrarse en que los canales utilizados para la radiodifusión de ondas son limitados, con la finalidad que las emisiones no se interfieran las unas a las otras.

Finalmente, se puede concluir de lo expuesto hasta el momento, un bien demanial, al encontrarse afecto a un régimen jurídico especial, va

- 
18. La Ley de Telecomunicaciones, aprobada mediante D.S. N° 013-93-TCC, lo define en su art. 57° como «El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación...». Mientras que MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO en un concepto más técnico lo define como «aquella parte del espectro electromagnético que abarca desde los 9 kilohertzios hasta los 3000 gigahertzios y cuya utilización para aplicaciones de radiocomunicaciones está regulada por Acuerdos Internacionales, celebrados en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Sánchez Blanco, Miguel. *Derecho de las Telecomunicaciones: La regulación del uso del espectro radioeléctrico* (Coord. Cremades, Javier). Gráficas Muriel, Madrid, 1997, p. 796.
19. Tenemos el caso de España, que señala en su Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (31/87 del 18/12/87, art. 7°, que califica al espacio por el que puedan propagarse las ondas radioeléctricas como dominio público y encomiendan su control y gestión al Estado. Mientras que, en la legislación paraguaya se ha señalado (art. 152°, Decreto Ley N° 6422) que el dominio de los canales y bandas de frecuencias de emisión de todas las formas de transmisiones y de comunicaciones radioeléctricas dentro de su territorio nacional y de sus aguas jurisdiccionales pertenecen al Estado.

a tener como consecuencia que la Administración Pública sea la responsable de su administración y protección, con lo cual en ningún caso una persona privada, natural o jurídica, puede ser titular de dichos bienes.

c) *Régimen jurídico del dominio público:*

A los bienes de dominio público le corresponden prerrogativas o potestades exorbitantes con la finalidad de satisfacer de manera eficiente el interés general, las mismas que no se encuentran presentes en el régimen de la propiedad privada. Comprendiendo estas prerrogativas tres notas esenciales: la inalienabilidad, la inembargabilidad y la imprescriptibilidad.

a) **La inalienabilidad.**- Consiste en la imposibilidad de efectuar actos de disposición o de gravamen sobre los bienes considerados de dominio público.

*«la regla de la inalienabilidad tiene su origen en la prohibición de venta de los bienes reales, sin la autorización de los Parlamentos o Cortes, prohibición establecida, más en función de proteger frente a las prodigalidades reales el patrimonio público, cuyo despilfarro habría de repercutir en un aumento de impuestos, que en la necesidad de respetar la afectación del uso público de parte de aquellos bienes.»<sup>20</sup>*

A la luz de nuestra legislación, específicamente el art. 140<sup>21</sup> del Código Civil, en concordancia con el art. 1403<sup>22</sup> del citado cuerpo de leyes, el acto o contrato que se realiza sobre un bien demanial carecería de validez, toda vez que se trata de un objeto que no es jurídicamente posible en la medida que se encuentra fuera del comercio y que como objeto de contrato es ilícito, ya que la ley prohíbe su enajenación.

---

20. PARADA, RAMÓN. Op. Cit. p. 91.

21. Art. 140º.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

22. Art. 1403º.- La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.

*«Los bienes demaniales no son susceptibles de enajenación por medio de acto o contrato. La inalienabilidad de los bienes de dominio público supone que las ventas de bienes demaniales son nulas de pleno derecho y no pueden ser subsanadas o convalidadas; la inalienabilidad puede ser alegada como vicio y la acción de reclamar le pertenece a cualquiera.»<sup>23</sup>*

Entonces, si la Administración requiere de la venta de un bien demanial tendría que desafectarlo<sup>24</sup> previamente, porque de lo contrario el acto o contrato sería nulo de pleno derecho.

Luego de lo expuesto, podemos concluir que la inalienabilidad sólo va a implicar la exclusión del bien del tráfico jurídico privado, sin embargo será compatible con otros actos de disposición en el marco del Derecho Público, en tanto no se vulnere la afectación del bien de que se trata. Coincidiendo sobre este tema con Fernando Sainz, cuando señala:

*«La regla de la inalienabilidad garantiza la vinculación del bien con la función pública a la que se encuentra afectado. Tal regla no implica la indisponibilidad absoluta del bien; sólo lo excluye del tráfico jurídico privado. La inalienabilidad es compatible con ciertos actos de disposición realizados por los cauces del Derecho Público, tales como mutaciones demaniales, adscripciones, cesiones, permutas, sucesiones, concesiones, autorizaciones y algunas servidumbres.»<sup>25</sup>*

**b) La imprescriptibilidad.**- Como bien conocemos, tanto los bienes muebles<sup>26</sup> como los inmuebles<sup>27</sup> pueden ser objeto de prescripción, mediante la «posesión».

---

23. FERNÁNDEZ, FRANCISCO. Op. Cit. p. 40.

24. La desafectación consiste en el acto contrario a la afectación, por el cual un bien considerado dentro del dominio público cesa en su demanialidad y se convierte, casi siempre, en un bien patrimonial. En consecuencia, la desafectación va a provocar que se modifiquen las características del bien, de modo tal que va a dejar de ser un bien inembargable, imprescriptible e inalienable, para ser un bien que se rija por las reglas del derecho privado.

25. SAINZ, FERNANDO. Op. Cit. p. 506.

26. Art. 951°.- La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.

27. Art. 950°.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

Sin embargo, la Administración se ha reservado para sí a los bienes demaniales con la finalidad que las posibles usurpaciones de los particulares sobre estos bienes, no surtan efecto con su posesión, inclusive de mala fe, cualquiera sea el tiempo por el que se prolongue.

La imprescriptibilidad de los bienes de dominio público es una consecuencia del carácter «extra commercium» de los bienes demaniales afectados a una utilidad pública o a un servicio público, ya que lo que no se encuentra en el comercio de los hombres no es susceptible de ser adquirido por prescripción. Con lo cual, un bien demanial no puede ser adquirido por prescripción, sino que sólo podrá prescribir si se procede a su desafectación, toda vez que con esta dejará de ser de dominio público y se convertirá en un bien patrimonial.

*«... la imprescriptibilidad no es un atributo derivado de la naturaleza de las cosas, sino de su afectación, la desafectación convierte a un bien en patrimonial y prescribible.»<sup>28</sup>*

**c) La inembargabilidad.-** Bajo este presupuesto se encuentran prohibidos los embargos en los bienes demaniales.

Como explicamos anteriormente, en el tema de los bienes patrimoniales, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden que esta prerrogativa es únicamente a favor de los bienes de dominio público. Puesto que con este privilegio se afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, que únicamente justifica ser relegado por la finalidad de interés público que cumple el bien demanial. En ese sentido, la característica de la inembargabilidad pondera<sup>29</sup> dos intereses, como

---

28. CHINCHILLA, CARMEN y OTROS. TELECOMUNICACIONES: ESTUDIO SOBRE DOMINIO PÚBLICO y PROPIEDAD PRIVADA. Op. Cit. p. 26.

29. Al respecto, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ, señala: «La ponderación como método de obligado cumplimiento por la Administración en el ejercicio de sus competencias de planificación, por su parte, se ha mostrado como la vía más adecuada para hacer compatible la libertad conformadora con la que cuenta la Administración en este ámbito con la necesaria sujeción a la Ley, de forma tal que ya se ha dicho en la doctrina que con más profundidad se ha ocupado de esta cuestión que la ponderación pertenece a la esencia misma de la competencia administrativa de planificación en un Estado de Derecho.» RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 17.

es el transgredir el principio de tutela judicial efectiva, constitucionalmente protegido, y el velar por el interés público o general. Asimismo, la Administración al realizar esta ponderación debe aplicar el principio de proporcionalidad que rige las decisiones administrativas, puesto que sólo se deberán afectar derechos de los administrados cuando ello sea estrictamente necesario para la satisfacción del interés general o público.

Ahora bien, únicamente se podrá embargar un bien demanial cuando éste sea desafectado, y por tanto pase al régimen patrimonial del Estado.

De otro lado, las prerrogativas mencionadas que caracterizan a los bienes de dominio público, no enervan la posibilidad de entregar los bienes demaniales en concesión, ya que el bien podrá seguir cumpliendo una finalidad pública o ser usado a favor de un servicio público.

No obstante, algunos autores se oponen a que un bien demanial sea entregado en concesión a favor de un particular, ya que asumen que el Estado debe encontrarse de manera directa en la prestación del bien de derecho público.

La postura citada tiene como sustento un Estado protagonista, cuya fórmula no funcionó en décadas pasadas y no toma en consideración los cambios ocurridos en la época moderna, como son los procesos de privatización de las empresas públicas, concesión de los servicios públicos, entre otros, que han hecho más conveniente que el Estado desempeñe un rol subsidiario, y regulador respecto de los servicios públicos.

## **2. LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MEDIANTE LA INSTALACIÓN DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES**

Luego de comprendidas algunas nociones básicas que definen al instituto jurídico del dominio público analizaremos cómo viene siendo ocupado el demanio a través de las redes de los concesionarios de servicios públicos, en especial los que pertenecen al sector de telecomunicaciones.

El uso del dominio público es un elemento importante para la competencia de los servicios públicos de telecomunicaciones, y no sólo debe verse como un uso del espacio urbano o rural públicos sino como un lugar que permita el acceso a servicios básicos para la vida en sociedad.

*«... y la gente tiene su asiento siempre en términos municipales y fundamentalmente en el suelo urbano en el que las calles y plazas, además de servir para el fin más tradicional de circular por ellas y permitir el contrato de unos con otros, y en definitiva el desarrollo del espacio urbano como un espacio de convivencia y sociabilidad, sirven también a otras finalidades igualmente indispensables.»<sup>30</sup>*

Entonces, resulta totalmente coherente a nuestra realidad que el dominio público constituido por calles, plazas, avenidas, parques, etc. permita no sólo el acceso a viviendas, sino también a través de este se permita el acceso a las redes de los diferentes servicios públicos.

En ese sentido, las redes públicas de los concesionarios de servicios públicos se instalan en el dominio público así como sobre ciertos bienes de propiedad privada y pública. De allí que, es necesario se comprenda que la prestación de los servicios públicos requieren de la instalación de redes públicas. Por tanto, para una mayor expansión del servicio, será necesaria la instalación de estas redes de parte de los concesionarios, con la finalidad de prestar un servicio eficiente y con calidad, conforme a las obligaciones pactadas en sus respectivos contratos de concesión.

Ahora bien, los contratos de concesión así como las leyes que regulan los diferentes servicios públicos reconocen el derecho de los concesionarios a ocupar el dominio público y a imponer limitaciones en la propiedad privada.

En consecuencia, estos derechos de los concesionarios de servicios públicos no pueden ser limitados de manera arbitraria, ni por el legislador ni por los organismos públicos, sino solamente en el caso que se afecten otros bienes jurídicamente protegidos y se considere a estos últimos de prioritaria protección. Aunque, debemos resaltar que con la instalación de las redes de públicas no sólo se beneficia al concesionario, sino también a la prestación misma de los servicios públicos. Al respecto, se indica:

*«... el derecho a la creación de los medios soportes tiene un alcance extraordinario, no pudiendo ser limitado o entorpecido ni por el legislador ni por los poderes públicos salvo en lo estrictamente necesario para proteger el derecho ajeno u otros bienes jurídicos cuya tutela exige forzosamente esta limitación.»<sup>31</sup>*

---

30. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Editorial Civitas, Madrid, 1999 p. 358.

31. CHINCHILLA, CARMEN y OTROS. *Telecomunicaciones: Estudio sobre Dominio Público y Propiedad Privada*, Op. Cit. p. 54.

En este orden de ideas debemos indicar que la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, reconoce expresamente<sup>32</sup> el derecho de los concesionarios de este sector a ocupar el demanio de manera gratuita. En ese sentido, los concesionarios de servicios públicos, al tener la misma naturaleza deberían recibir el mismo tratamiento legal, y por tanto los concesionarios de servicios públicos deberán tener también el derecho al uso gratuito del demanio, inclusive en el caso que este derecho no se encuentre consagrado expresamente en su contrato de concesión o en la ley del sector correspondiente.

Hasta este momento de la explicación no existiría mayor problema para los concesionarios de servicios públicos, sin embargo estos concesionarios en los hechos presentan innumerables problemas que pueden entenderse como una limitación de este derecho de ocupación del demanio, a pesar que, como mencionamos, se encuentra reconocido en las leyes de los sectores respectivos e inclusive en los contratos de concesión correspondientes.

En ese sentido, a efectos de revisar la problemática que rodea el uso del dominio público de parte de los concesionarios de servicios públicos, procederemos a analizar el sector de telecomunicaciones, para lo cual será necesaria una breve explicación acerca de las redes de telecomunicaciones. Estas redes pueden clasificarse en públicas o privadas, siendo que para efectos de nuestro análisis nos interesan las primeras, porque son las que en su calidad de públicas tienen la obligación de estar al servicio de todo aquel que la solicite. Sobre la clasificación de las mismas, señala Andrés Gonzáles:

*«... las redes pueden clasificarse en públicas o privadas en atención a si los servicios que utilizan se encuentran disponibles para el público. Entre los múltiples servicios que quedan bajo la rúbrica genérica de las telecomunicaciones, parece el servicio público en sus diversas modalidades (servicio uni-*

- 
32. Art. 109º.- Los concesionarios sujetándose a las disposiciones que establezca el Reglamento están facultados:
- a) A usar a título gratuito el suelo, subsuelo y aires de caminos públicos, calles, plazas y demás bienes de propiedad del Estado o municipal; así como para cruzar ríos, puentes, vías férreas, líneas eléctricas y de comunicaciones;
  - b) A cortar árboles o sus ramas que se encuentren próximos a los electroductos aéreos y que puedan ocasionar perjuicio a las instalaciones, previo permiso a la autoridad competente.
  - c) A colocar soportes o anclajes en la fachada de los edificios y postes delante de ellas. En estos caso, el concesionario deberá resarcir los costos de reposición de las áreas afectadas.»

*versal –p. ej. telefonía básica–; servicio público reservado –p. ej. Televisión-obligaciones de servicio público en actividades privadas), pero también hay múltiples servicios privados (p. ej. Los denominados servicios de valor añadido). Para prestar estos servicios se generan infraestructuras principalmente privadas se reconoce el derecho de acceso a las mismas, la interconexión, el uso compartido de infraestructuras; todo ello compatible, al mismo tiempo, con la demanialización de las frecuencias radioeléctricas.»<sup>33</sup>*

A mayor abundamiento, debemos indicar que a lo largo del presente artículo haremos alusión a los términos redes e infraestructura como sinónimos, ya que toda infraestructura es configurable como una red o como una parte de la misma. Sobre la definición de red, ella es considerada como:

*«La ordenación de las infraestructuras de una determinada manera, caracterizándose precisamente por la organización, esto es por la forma en que procede enlazar los distintos puntos de la red al servicio de una finalidad concreta.»<sup>34</sup>*

Sin embargo, si bien el término «red» involucra de manera directa al de infraestructura, ya que todas las infraestructuras son redes, o se encuentran conectadas directamente a una red, el término infraestructura no presupone la idea de red, ya que existen redes al margen del concepto de infraestructura.

Estas redes públicas de telecomunicaciones<sup>35</sup>, que son el soporte físico, constituyen los elementos determinantes para la prestación de los servicios portadores<sup>36</sup>, finales<sup>37</sup>, de difusión<sup>38</sup> y valor añadido<sup>39</sup>.

---

33. GONZALES, ANDRÉS. Op. Cit., p. 259.

34. ARIÑO, DE LA CUETÁRA y AGUILERA. *Las Telecomunicaciones por cable*. Editorial. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, Madrid, 1996, p. 26.

35. Las redes públicas de telecomunicaciones son consideradas como los grupos de nodos y enlaces de acceso público que permiten las conexiones de dos ó más puntos definidos, utilizando medios alámbricos o inalámbricos u otras tecnologías para facilitar la telecomunicación entre ellos. (Definiciones-Contrato de Concesión de Telefónica del Perú). RIBADENEYRA, JUAN. *Glosario de Telecomunicaciones*. En: Temas en Telecomunicaciones N° 04, Osiptel, 1998.

36. Es aquel tipo de servicio de telecomunicaciones que proporciona la capacidad necesaria para transportar las señales que permiten la prestación de servicios finales, servicios de difusión y servicios de valor añadido.

37. Se considera aquel servicio de telecomunicaciones que proporciona la capacidad completa para hacer posible la comunicación entre usuarios.

38. Es aquel servicio en el que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción.

39. Es aquel servicio que utiliza como soporte servicios portadores, finales o de difusión, añadiendo alguna característica o facilidad al servicio que le sirve de base.

Ahora bien, en el caso concreto del contrato de concesión suscrito entre Telefónica del Perú y el Estado Peruano, en la cláusula siete sección 7.02 se reconoce de manera expresa el derecho a ocupar o utilizar los bienes de dominio público<sup>40</sup>. De igual modo la Ley de Telecomunicaciones en su art. 18º señala: «*La prestación de los servicios portadores o de los teleservicios, cuando éstos sean de carácter público llevan la facultad de ocupar o utilizar bienes de dominio público (...)*»

Como podemos apreciar la norma citada estaría facultando a los operadores de servicios portadores o teleservicios a utilizar u ocupar el demanio para la instalación de redes públicas en beneficio de la prestación del servicio de telecomunicaciones.

No obstante lo mencionado, en los hechos las empresas operadoras de telecomunicaciones experimentan innumerables problemas al momento de pretender hacer uso de estos derechos, toda vez que el ejercicio de los mismos se ha visto obstruido por conductas de los entes administrativos que no sólo desincentivan sino, que muchas veces, impiden su ejercicio, porque no se han logrado entender a cabalidad las prerrogativas que tiene la empresa operadora al ser un concesionario de servicio público.

Cabe mencionar que, la instalación de redes de telecomunicaciones constituye un elemento indispensable para que el concesionario pueda prestar el servicio telefónico, debiendo ser un servicio que se preste con regularidad<sup>41</sup>, continuidad<sup>42</sup>, calidad y a una tarifa razonable.

No obstante lo mencionado, debemos precisar que este derecho a la ocupación del demanio no puede ser incondicional, sino por el contrario existe la necesidad que se encuentre regulado tanto técnica como jurídicamente.

---

40. 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 para cumplir con las obligaciones por ellas asumidas en el presente contrato.

41. El servicio debe ser prestado de manera permanente sin ningún tipo de interrupción en la prestación, debiendo existir un funcionamiento normal sin interrupciones arbitrarias, bajo criterios mínimos de calidad que aseguren la satisfacción del interés general

42. La prestación va a depender de la naturaleza del servicio, esto es, debe prestarse a lo largo de la existencia del servicio dependiendo que éste tenga una duración temporal, indefinida o muy larga.

## 2.1. Elementos de la ocupación del dominio público por parte de las redes de telecomunicaciones

Los elementos que consideramos relevantes a efectos de ocupar el demanio y bienes privados, son los siguientes:

### a) *Ocupación del demanio y propiedad privada por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones*

La ocupación de los bienes demaniales mediante las redes de telecomunicaciones únicamente debe otorgarse a favor de los operadores titulares de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones (servicio telefónico móvil, fijo, servicio de cable, entre otros) y en ningún caso a otro prestador de servicios de telecomunicaciones.

Resulta relevante para nuestra explicación la consulta absuelta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, órgano regulador español en este sector, en su sesión de fecha 25 de marzo de 1999, acerca de los sujetos capaces de utilizar el demanio.

En dicha sesión se acuerda denegar la posibilidad de usar el dominio público a un sujeto que llamaremos «A» cuya actividad consistía en poner a disposición del público equipos terminales telefónicos, a cambio de una contraprestación económica, toda vez que el servicio público telefónico lo prestaba un licenciataria (en nuestra legislación concesionario), con quien el sujeto «A» debía celebrar un contrato para que le provea el servicio telefónico a fin que al equipo terminal le pudiesen llegar las llamadas telefónicas.

En este caso, al no tratarse de un sujeto que prestaba un servicio público de telecomunicaciones, sino que únicamente comercializaba equipos terminales telefónicos, no le correspondería hacer uso del demanio. Asimismo, la citada consulta señala que la prestación del servicio público telefónico mediante los equipos terminales de uso público no constituye una actividad independiente y distinta a la prestación del servicio telefónico, sino que se encuentra incluida dentro de los derechos que otorga el título habilitante para prestar el servicio telefónico que se encuentra disponible al público, razón por la cual no correspondería la autorización para ocupar el demanio.

### b) *Acerca de la necesidad de ocupar el dominio público*

Las redes de telecomunicaciones constituyen el soporte físico para la prestación de diferentes servicios en este sector. Razón por la cual es

conveniente propiciar condiciones técnicas, jurídicas y económicas que faciliten la construcción y el establecimiento de las redes citadas, a fin de asegurar la prestación de un servicio básico de telecomunicaciones que cubra toda el área de concesión.

En consecuencia, podemos afirmar que lo que justifica el régimen de limitaciones a la propiedad pública y privada en beneficio de los concesionarios de telecomunicaciones, es el hecho que la instalación de redes e infraestructura pública, en este sector, constituye un instrumento necesario, e inclusive, no exageramos si lo consideramos, indispensable, para la prestación en régimen de competencia de estos servicios públicos, asimismo, se realice la prestación efectiva del servicio con un mínimo de calidad.

Ahora bien, postulamos que la relación a existir entre la ocupación del demanio y las redes de telecomunicaciones deberá responder a un carácter de necesidad ya que, como hemos indicado anteriormente, el uso de los bienes de dominio público esta destinado al público en general.

Cabe agregar que, nuestra legislación en telecomunicaciones sólo se limita a enunciar el derecho a la ocupación y guarda silencio, entre otros temas, respecto del cómo y cuándo se deberá proceder a ocupar el dominio público.

En ese sentido, somos de la opinión que es conveniente la alegación de una necesidad de parte de los operadores de telecomunicaciones que pretenden ocupar el demanio, esto con la finalidad de evitar solicitudes arbitrarias, ya que debemos recordar que, en conflicto con esta solicitud, se puede encontrar temas de urbanismo, medio ambiente, ornato, entre otros.

Este supuesto de necesidad alegado, y dadas las características del mercado peruano (con una empresa operadora con posición de dominio y varias empresas concesionarias tratando de aumentar su cuota de participación en dicho mercado), no debería ser entendido como el hecho que no exista otra alternativa de solución a su requerimiento, toda vez que podría ocurrir lo siguiente:

*«los nuevos operadores entrantes, sino quieren utilizar las redes del dominante hasta la fecha (sic), no podrán ya hablar de necesidad en el sentido de que no existe otra alternativa posible, pues siempre sería posible para ellos utilizar las redes del dominante que, de acuerdo con las obligaciones*

*de interconexión y de acceso, tienen que abrirse a su uso por los demás en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias, y con más tarifas orientadas a costos.»<sup>43</sup>*

Por tanto, es necesario tener en cuenta que no debería entenderse a la «necesidad» como única alternativa, puesto que siempre se podrían encontrar mecanismos alternos, coincidiendo en ello con Pedro García, en el sentido que será más conveniente para la competencia y para los usuarios el indicar la conveniencia de requerir el cumplimiento de una *necesidad relativa*, como presupuesto para el uso u ocupación de los bienes de dominio público.

*«Por ello, la necesidad (sic) es una necesidad relativa que puede darse y se dará pese a la existencia de otras redes públicas instaladas por otros operadores y aunque la misma ley contemple otros mecanismos alternativos al tendido de infraestructuras.»<sup>44</sup>*

De igual modo opina Carmen Chinchilla acerca de la exigencia de una necesidad relativa en la ocupación de un bien demanial.

*«... habría que entender que es necesario ocupar un bien, en este caso de dominio público, para instalar una red de telecomunicaciones no sólo cuando la utilización del mismo sea imprescindible, en términos absolutos, para establecer la red sino, simplemente cuando con dicha ocupación se consiga alcanzar los objetivos que inspiran la regulación de esta materia en la ley, a saber: facilitar la libre competencia, y reducir el impacto urbanístico y ambiental que producen estas instalaciones, así como minimizar también las limitaciones y gravámenes impuestos a los titulares de los bienes afectados.»<sup>45</sup>*

En consecuencia, el hecho que existan otras redes públicas instaladas no enerva que el concesionario de telecomunicaciones pueda solicitar la instalación de nuevas redes para la prestación del servicio en la medida que exista disponibilidad física del demanio. Debiendo ser una necesidad compatible con las finalidades que cumple el dominio público, o las que éste satisface.

---

43. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. Op. Cit. Madrid, 1999, p. 346.

44. Ver al respecto, GARCÍA, PEDRO. *Dominio Público y Telecomunicaciones: Algunas cuestiones sobre el uso del dominio público por los operadores*. EN: CHINCHILLA, CARMEN y OTROS. (coordinadora). *Telecomunicaciones: Estudio sobre Dominio Público y Propiedad Privada*. Op. Cit. p. 73.

45. *Idem*, p. 120.

**c) Sujetos Competentes para la Administración de los Bienes Demaniales**

Como mencionamos anteriormente, los derechos de ocupación del dominio público con la finalidad de instalar redes para prestar servicios de telecomunicaciones es consustancial a la obtención de la concesión, caso contrario, el operador se vería limitado para realizar una adecuada prestación del servicio, y en consecuencia se podría afectar las obligaciones adquiridas mediante el contrato de concesión.

Ahora bien, la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, faculta a los gobiernos locales a regular la ocupación del demanio en sus circunscripciones. Sin embargo, con la expansión de los servicios públicos, en especial en el sector telecomunicaciones estos concesionarios han enfrentado problemas causados principalmente por cobros cuestionables de las municipalidades debido a la ocupación del dominio público. En ese sentido, en ocasiones estos cobros exigidos por las Municipalidades pueden disuadir la entrada de nuevos competidores, e inclusive llegar a encarecer el servicio para los usuarios del servicio público de telecomunicaciones.

Algunos ejemplos de uso del demanio municipal se encuentran constituidos por las cabinas telefónicas, el tendido de cable o fibra óptica y la instalación de postes necesarios para la instalación de la red pública de telecomunicaciones.

Con relación a los postes, ellos tienen una doble importancia porque pueden ser usados tanto por empresas eléctricas y de telecomunicaciones, es decir son herramientas necesarias para la prestación de dos servicios públicos.

Asimismo, son necesariamente instalados en el dominio público y su utilización compartida se encuentra sujeta por razones de seguridad, medio ambiente, salud pública y ordenamiento territorial. Asimismo, somos de la opinión que no deberá obligarse a compartir el uso de los postes cuando se perjudique la calidad del servicio que se brinde.

En este orden de ideas, tenemos los casos de los pagos exigidos, a través de sus TUPA, por algunas municipalidades en el año 2002 en los cuales se imponen el cobro de derechos<sup>46</sup> por el tendido de cable o fibra óptica al hacer uso del dominio público.

---

46. El Decreto Legislativo N° 816, Código Tributario, el pago denominado derecho que exigen las Municipalidades forma parte de las tasas, al igual que las licencias y arbitrios.

En un primer caso se exigía un pago por el «tendido de cable o fibra óptica» en el espacio público. De igual modo, en otro TUPA se exigía un pago por «mantenimiento o ampliación de redes en el dominio público».

Como podemos apreciar, de los párrafos precedentes se estaría imponiendo un pago de derechos por concepto de tendido de cable o fibra óptica en el dominio público. En ese sentido, consideramos que los cobros en cuestión resultan cuestionables porque lo único que se está haciendo con el tendido del cable al igual que con la ampliación de las redes es ocupar el dominio público, derecho que se encuentra reconocido tanto en el contrato de concesión como en la Ley del sector, y que a su vez se trata de un derecho gratuito. Adicionalmente, debemos indicar que muchas veces el pago exigido resulta desproporcionadamente elevado, con lo cual en algunos casos se estaría evidenciando una ausencia de sustento para la exigencia de los citados cobros.

A mayor abundamiento, somos de la opinión que el pago por ocupación del demanio que se les vendría exigiendo a los concesionarios de servicios públicos debería ser el mismo que se les cobra a otros sujetos que hacen uso del dominio público, en caso contrario los entes municipales estarían discriminando al exigir un cobro diferente frente a prestaciones equivalentes, como es la ocupación del demanio.

En consecuencia, consideramos que a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo a lo señalado en su contrato de concesión y en la Ley del sector, al tener reconocido el derecho de uso del demanio únicamente se les podría cobrar por los gastos que genere el procedimiento para la autorización del uso de los bienes de dominio público.<sup>47</sup>

---

Además que estas tasas constituyen tributos vinculados que necesitan de una prestación efectiva de parte del Estado, es decir de actuaciones estatales preestablecidas por parte de éste, por lo cual los montos recaudados por dichos conceptos se encuentran destinados a cubrir el costo de las obras y los servicios públicos.

47. Al respecto, debemos indicar que el inciso b) del art. 68° del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, señala que las Municipalidades se encuentran autorizadas a cobrar tasas por los gastos que genere la tramitación del procedimiento administrativo o por el aprovechamiento particular de bienes de propiedad de la Municipalidad. Asimismo, el art. 70° del mismo cuerpo de leyes señala que las tasas por servicios administrativos o derechos no deberán exceder del costo de prestación del servicio.

Finalmente, es necesario tener presente que se trata de una actividad considerada como servicio público, por lo que no debe olvidarse la importancia de este para la vida en sociedad, razón por la cual el Estado se debe comportar como un garante de su prestación promoviendo, como hemos mencionado, que los usuarios tengan un servicio regular y de calidad y evitando conductas que desincentiven el cumplimiento de las obligaciones pactadas por los concesionarios en sus contratos de concesión.