

# EL ESPACIO PÚBLICO EN TELECOMUNICACIONES

*Alfredo Fajardo Muriel*

## 1. PRECISIONES PRELIMINARES

No es posible referirse al espacio público sin antes ubicar histórica y jurídicamente el concepto, pues se trata de una de aquellas nociones respecto de las cuales todas las personas tienen alguna idea preconcebida y una noción que formular, así sea correcta a la luz de las distintas disciplinas que se encuentren involucradas. Tal vez sea precisamente ésta una de las razones por las cuales el concepto es tan complejo de definir y muy seguramente la causa de que existan tantos criterios antagónicos — muchas veces recogidos sin ninguna crítica a nivel legislativo.

Desde la perspectiva histórica y en la teoría clásica podría entenderse por espacio público al conjunto de bienes pertenecientes al dominio público o dominiales cuyo uso corresponde a todos los habitantes. Así fue inicialmente concebido en el Código de Napoleón de 1804, posteriormente recogido por Don Andrés Bello en el Código Civil de Chile, que a su vez fue adoptado por varios países de América<sup>1</sup>. Sin embargo, con el desarrollo de las sociedades el concepto de espacio público también ha sufrido cambios y hoy su alcance es mayor pues no está circunscrito a los bienes dominiales, sino que involucra otros que bien pueden pertenecer al dominio privado<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Colombia no es la excepción y el artículo 674 del Código Civil señala que:

“Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales.”

<sup>2</sup> El artículo 5 de la Ley 9 de 1989, complementada por el artículo 117 de la Ley 386 de 1997 define el espacio público con un criterio mucho más amplio:

“Entiéndese por espacio público el conjunto de bienes inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por lo tanto los intereses individuales de los habitantes.

Así constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea

La primera pregunta que cabe hacerse sobre el espacio público es si todos los elementos que lo conforman por estar determinados en la ley adquieren el carácter de dominiales y se gobiernan por las normas y principios del derecho público o, si por el contrario, concurren estos con las normas y principios del derecho privado.

Para responder a esta pregunta podríamos sostener que en la concepción moderna sobre espacio público ambas nociones coexisten, pero en modo alguno el régimen de los bienes de dominio público por ese sólo hecho se aplica, puede aplicarse o se traslada a los bienes sujetos al dominio privado. Cada uno de ellos se gobierna por las normas y principios que le son propios.

No cabe duda de que la mayor parte de los elementos que integran el espacio público tienen la condición de bienes de dominio público y por ello sus notas características los sujetan a principios dependientes del derecho administrativo, por lo que se derivan para el Estado amplias potestades sobre los mismos. Pero también resulta irrefutable que otros de sus elementos están claramente enmarcados en el dominio privado y, por ende, las competencias públicas se limitan y circunscriben al cumplimiento de los fines que les han sido establecidos por el legislador, como quiera que constituyen una restricción de carácter excepcional al ejercicio pleno del derecho sobre la propiedad privada.

Por esto, para hablar del espacio público es indispensable primero determinar las características y elementos que integran la institución y los efectos que de ella puedan derivarse jurídicamente. La ausencia de este análisis puede implicar que las reglas que se dicten sobre él resulten contradictorias e inclusive colisionen con los principios y derechos básicos de los particulares.

Por lo tanto, la aproximación al régimen del espacio público tiene que abordarse desde dos perspectivas distintas, en función de la relación que exista con los bienes que lo integran:

Desde un primer punto de vista el espacio público puede entenderse como el conjunto de bienes que por mandato de la ley pertenecen al dominio público o están sujetos a la dominialidad colectiva, cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio y se encuentran sujetos a un régimen especial, particular e independiente, propio del derecho público, cuya administración le corresponde al Estado en representación del pueblo quien es su titular.

---

manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo. (...)”

De otro lado el espacio público puede tener un alcance mucho más extenso, pero siempre delimitado por la ley, que involucra tanto a los bienes que hacen parte del dominio público como a los que corresponden al dominio privado, sean estos del Estado o de los particulares.

No obstante lo anterior, para iniciar el examen del concepto es preferible por lo pronto identificar el espacio público con los bienes de dominio público en la medida que son los bienes más representativos y numerosos. Ello permitirá posteriormente observar la distinción con los bienes de dominio privado que pueden estar afectos o vinculados con el espacio público, pero cuyas reglas aplicables para efectos de regulación son las del derecho común.

Los bienes que integran el espacio público y hacen parte del dominio público comparten con los demás pertenecientes a esta categoría de dominiales las mismas características, elementos y principios que son propios de ellos. Si bien ésta no es la oportunidad para referirnos al complejo concepto del dominio público, ni analizar su desarrollo histórico-político, sí cabe señalar que esta institución jurídica es la que gobierna y orienta de principio a fin los elementos que conforman el espacio público que tienen tal condición, sus efectos, el régimen aplicable y delimita las fronteras o limitaciones del mismo, así como las potestades estatales.

Establecer cuál es el conjunto de tales bienes no es tarea fácil pero puede resultar posible bajo el análisis detenido de sus elementos esenciales. Por consiguiente, la noción del espacio público se relaciona con aquellos bienes cuyo uso corresponde a todos los habitantes en forma indistinta y respecto de los cuales nadie en particular puede reclamar su titularidad jurídica, al tiempo que todas las personas tienen el derecho a utilizarlos en igualdad de condiciones por mandato de la ley o de la costumbre<sup>3</sup>, de donde derivan siempre su categoría jurídica. Puede ser porque tal connotación se les ha conferido desde el inicio de la organización política de la sociedad o porque a pesar de haber tenido en un principio el carácter de dominio privado éste ha transmutado por su destinación o bien por mandato del legislador. Dentro de los primeros están los ríos, lagos, mares, costas, riberas, parques, plazas, caminos, carreteras, aceras, calles, puentes de uso común, mientras que pueden pertenecer a los segundos los postes, ductos, fachadas, muebles, documentos e inmuebles calificados como tales en la ley y siempre que su administración corresponda al Estado.

---

<sup>3</sup> Que para efectos jurídicos también forma parte integrante de las fuentes del derecho.

De otra parte, también resulta evidente que estos bienes tienen una finalidad especial pues tienen como objeto o como propósito poder ser utilizados por toda la colectividad, al tiempo que por ser determinados por la ley, se regulan por las normas del derecho público y escapan por completo a las nociones básicas del derecho común.

En este punto cabe señalar que el concepto de bienes de dominio público si bien puede tener relación con el concepto de servicio público cada uno de ellos tiene alcance y cometido distinto<sup>4</sup>, lo que permite manifestar que los bienes de dominio público no comportan de suyo la prestación de servicios públicos, ni todos los bienes destinados a los servicios públicos son de dominio público ni hacen parte integrante del espacio público, aunque sobre estos últimos el Estado pueda ejercer su dominio eminente, en el que se fundamenta la regulación que pueda existir sobre ellos, la cual es distinta y se atiene a principios diversos de los establecidos para los bienes de dominio público.

De otra parte están los bienes de dominio privado que —como se comentó— también forman parte del espacio público en menor medida, pero por ese solo hecho no adquieren la categoría de bienes de dominio público, razón por la cual las limitaciones y regulaciones que sobre ellos existan se sustentan en razones jurídicas diversas, las que continúan orientadas bajo las reglas del derecho común y las potestades estatales limitadas por éstas.

Ello explica el por qué la regulación especial de derecho administrativo que gobierna el dominio público, así como los principios para el establecimiento de las competencias y jurisdicciones estatales en esta materia, son distintos a los previstos para otro tipo de bienes que no tienen esta categoría y, que por lo tanto, se someten a fundamentos de intervención estatal y reglas diversas de competencia. Así, por ejemplo, mientras las entidades territoriales siempre tienen competencia sobre los bienes de dominio público dentro de su jurisdicción, no necesariamente cuentan con ella sobre bienes de dominio privado ni respecto de los vinculados con la prestación de servicios públicos, inclusive si se encuentran en su jurisdicción.

## **2. EL ESPACIO PÚBLICO Y LAS TELECOMUNICACIONES**

El concepto del espacio público tiene una relación estrecha con la prestación de servicios públicos, en la medida que aquel es por regla general indispensable para la prestación de servicios públicos. Es difícil imaginar servicios públicos que en algún grado no

---

<sup>4</sup> El dominio público está referido a los bienes de uso común, mientras que el servicio se predica de actividades o prestaciones para la atención de necesidades generales.

precisen del espacio público para el cumplimiento de sus fines: el transporte en todas sus modalidades, la energía eléctrica, el agua potable y el alcantarillado y, naturalmente las telecomunicaciones.

En el caso de estas últimas esa relación es estrecha, puesto que para el establecimiento de las redes —esenciales para las telecomunicaciones— se impone la necesidad de hacer uso del espacio público, sin importar el tipo de tecnología que se utilice para el efecto, alámbrica o inalámbrica. De esa necesidad ineludible surge también la imperiosa obligación de regular el aprovechamiento de estos recursos para dichos fines.

La regulación de las telecomunicaciones ha sido reiterativa en fundar la intervención estatal en tres conceptos básicos: en la noción de servicio público de titularidad del Estado, en la necesidad de organizar el aprovechamiento de recursos escasos, especialmente del espectro radioeléctrico, la numeración y, últimamente, el uso del espacio público, así como en la potestad estatal de intervenir en la economía.

En la medida que las circunstancias económico-políticas que rodean el sector han adquirido un mayor grado de desarrollo las premisas de la intervención estatal en las telecomunicaciones también han sufrido variaciones. Hoy no es evidente concebir las telecomunicaciones como un servicio público de titularidad del Estado, al tiempo que la organización de los recursos escasos tradicionalmente involucrados en ese tratamiento se hace menos importante y decae el principio de su escasez.

Sin embargo, esto también ha permitido que dos nociones se afiancen mucho más y cobren relevancia para el sector, por una parte, la potestad estatal de intervenir en la economía, fundamentalmente para garantizar la competencia, y, de la otra, la importancia que tiene el uso del espacio público como recurso escaso para la sociedad.

Esto ha llevado a que las modernas regulaciones de telecomunicaciones se ocupen cada día con más detalle del aprovechamiento del espacio público en esta materia y de determinar las facultades de los organismos de regulación de telecomunicaciones en esta materia. Pero desde ya es preciso advertir que ésta —como se señaló— no es una problemática que le compete únicamente al sector de telecomunicaciones, ni que las autoridades sectoriales tengan competencia exclusiva y excluyente para regular lo concerniente a la multiplicidad de facetas que tiene el espacio público. Por el contrario, esta situación impone la concurrencia de una multiplicidad de competencias públicas que de manera coordinada y sistemática están en el deber de lograr el mejor aprovechamiento del espacio público.

### 3. LAS CAUSAS DE LA REGULACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA TELECOMUNICACIONES

El primer motivo más evidente que justifica la regulación es la escasez que va implícita en el concepto. En efecto, el espacio público, tanto desde la perspectiva de los bienes de dominio público como de los sujetos al dominio privado que lo integran, es realmente limitado e inexorablemente finito, al punto que puede señalarse que el único recurso que tiene las condiciones materiales de ser y de estar regulado como escaso es el espacio público, como quiera que su existencia no depende de la voluntad del hombre y está limitado por circunstancias fácticas de la naturaleza. Por lo pronto, la tecnología no está en capacidad de incrementar la masa del planeta, aumentar o reducir su superficie o crear más extensiones de las que efectivamente existen.

En la medida que el espacio público es un concepto vinculado con el espacio físico del globo terrestre y asumiendo inclusive que todo el planeta se conciba como espacio público, este tiene una limitación imposible de desconocer e improbable de franquear. Pero, como además el espacio público es únicamente una parte de aquel, su limitación y escasez es aún mayor.

No obstante esa limitación fáctica, el espacio público por estar destinado al aprovechamiento colectivo y a la satisfacción de necesidades generales de la más variada naturaleza<sup>5</sup>, y muy especialmente por ser indispensable para la provisión de todos los servicios públicos incluidos los de telecomunicaciones, requiere algún grado de administración para conciliar los diversos intereses que se predicen sobre él, permitir su efectivo aprovechamiento, mantenerlo, conservarlo y conjurar su afectación o congestión, particularmente en áreas densamente pobladas<sup>6</sup>.

Es la escasez la que impone la necesidad de una regulación del espacio público para el aprovechamiento y uso ordenado del mismo, en condiciones sociales de eficiencia, economía, eficacia y seguridad. En ese orden de ideas, la regulación no está establecida ni dirigida para el beneficio de quienes requieren del espacio público sino para el grupo humano o la colectividad para el que está instituido, pero igualmente debe diseñarse para que sea efectivamente posible el uso por quienes lo precisan para atender a esa colectividad. De ahí que la regulación no puede darse bajo el supuesto de impedir la

---

<sup>5</sup> Necesidades de paso, de permanencia, arquitectónicas, urbanas, de tránsito, de conservación, de ruido, etc.

<sup>6</sup> Las limitaciones sobre el espacio público en áreas rurales, apartadas o marginales en la práctica no existen, pero tampoco puede suponerse que no lleguen a existir o que no requieran por ese hecho de su regulación y administración.

utilización del espacio público, porque de ser así no cumpliría con la finalidad u objetivo para el que la regulación se formula y requiere.

En segundo lugar, la regulación se impone en cabeza del Estado por cuanto este actúa en primer lugar como administrador de los bienes de dominio público que conforman el espacio público, luego es a éste a quien le corresponde cumplir en nombre del titular de los mismos (el pueblo) los deberes que le han sido impuestos sobre dichos bienes. Pero, también es el Estado a través de las diversas instituciones<sup>7</sup> el que está en capacidad de ejercer el derecho eminente sobre todos los bienes y personas que existen en el territorio, e intervenir o afectar el dominio privado que pueda estar vinculado con el espacio público, con el objeto de hacer cumplir la finalidad social que tiene toda propiedad privada.

En tercer lugar, por la necesidad que existe de vigilar y controlar el uso del espacio público para que la sociedad alcance los cometidos perseguidos con dicho recurso y, además, para verificar que quienes hacen un aprovechamiento del mismo cumplan las condiciones que la propia sociedad, por conducto de sus autoridades, ha establecido para su uso.

#### 4. DISTINCIONES BÁSICAS EN LA REGULACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA TELECOMUNICACIONES

La regulación de las telecomunicaciones tiene efectos o está estrechamente relacionada tanto con los bienes de dominio público como respecto de los vinculados con las actividades propias del sector o del servicio público. Pero lo importante es distinguir cómo dichas relaciones y competencias están sometidas a fundamentos diferentes y a reglas distintas.

Por una parte, el uso del espacio público en lo que hace a los bienes de dominio público se regula para todos los efectos por las entidades territoriales y sólo excepcionalmente por las autoridades nacionales<sup>8</sup>, pero siempre previa definición del legislador, en cuanto que a este órgano corresponde determinar los bienes que tienen carácter dominial y sobre los que es posible aplicar dicha competencia, pero la intervención del Estado se ejerce en la condición de simple administrador de los bienes de titularidad del pueblo. A

---

<sup>7</sup> Órganos legislativo, ejecutivo o judicial.

<sup>8</sup> Esto fundado en una razón histórico-política que data de los mismos inicios de la concepción inicial de los bienes dominiales y justificada en el hecho de que son las propias comunidades las que deben tener bajo su órbita el manejo de los bienes de dominio público.

*contrario sensu*, el uso de otros bienes que no tienen el carácter de dominio público vinculados con el sector se regulan por las autoridades nacionales de telecomunicaciones, también dentro del marco de la ley, pero sin desconocer el dominio privado que puede existir sobre los mismos.

Esto justifica la razón por la que el espacio público dominial puede ser utilizado por todos los operadores para la prestación de servicios, incluidos los de telecomunicaciones, y en general por todos los habitantes del país, sin más condiciones que el cumplimiento de los requisitos generales previstos para el efecto (generalmente establecidos por las localidades con propósitos urbanísticos y de planeación). Por el contrario, los demás bienes sometidos al dominio privado únicamente pueden ser utilizados por sus titulares o, en su defecto, se requiere de la imposición de servidumbres<sup>9</sup> o cargas especiales, derivadas de las facultades de intervención del Estado en la economía y ejercidas con sujeción a los principios del derecho común y previo el reconocimiento de los derechos de quien resulte afectado.

Por ello precisamente el uso del espacio público de dominio público es un tema propio y enteramente regulado por el derecho público, definido en la ley en cuanto a su objeto, materia y alcances, a diferencia del uso de bienes de dominio privado afectos a los servicios públicos (entre ellos los de telecomunicaciones) que se gobiernan por las reglas del derecho común, pero respecto de las cuales el legislador ha reconocido facultades administrativas especiales para establecer limitaciones a su ejercicio, como consecuencia de la potestad estatal para intervenir en la economía y para hacer efectiva la función social de la propiedad.

De modo que particular cuidado requiere el regulador de servicios públicos para que la facultad administrativa excepcional que le reconoce la ley en desarrollo de dichos principios, para reglamentar el uso de determinados bienes sujetos al dominio privado, no se convierta en regla general que desvirtúe la naturaleza de la institución y extralimite la potestad que ejerce con ese fin, por confundirla o ejercerla de manera similar a los poderes estatales que se aplican al dominio público. Menos puede admitirse que por esta vía el regulador quebrante el principio medular que distingue entre el dominio público y privado o tienda a abarcar en el primero a todos los bienes, puesto que esto llevaría al desconocimiento de las bases fundamentales del derecho a la propiedad privada.

---

<sup>9</sup> Contractuales, judiciales o legales.



Resulta así factible distinguir la fuente de una y otra facultad, que además de ser distintas tienen alcances diversos, al tiempo que las primeras se ejercen como consecuencia de un mandato legal y las segundas de una actuación administrativa, que en telecomunicaciones se encuentran estrechamente vinculadas con las facultades legales que gobiernan la interconexión.

A nuestro juicio la ausencia de rigor en el examen del concepto de dominio público ha sido la causa principal de las inmensas dificultades que hoy existen en cuanto a regulación, de las indebidas interpretaciones que se han dado e incluso de la forma caótica en que pretenden ejercerse las potestades públicas sobre él y la injustificable extensión de su régimen particular a otras situaciones que no resultan asimilables entre sí o que simplemente son extrañas al concepto.

De ello podrían inferirse también las reglas básicas que habría de tener presentes al momento de regular el espacio público de dominio público y el sometido al dominio privado.

#### *4.1 Principios que rigen el uso del espacio público conformado por bienes dominiales.*

1. Igualdad de uso: Por su propia naturaleza, el aprovechamiento del espacio público dominial debe darse en condiciones iguales para todos los que lo requieran, de modo que no es posible hacer distinciones o categorías que puedan afectar la naturaleza del bien involucrado, es decir, que quebrante la facultad de todos los habitantes a hacer aprovechamiento del recurso.

Únicamente tratándose de derechos especiales, esto es, de los que no son predicables de la comunidad en general sino de una persona determinada, resulta admisible que tal principio se excepcione, pero en todo caso ocurre un tratamiento especial relativo, pues todos los que disfruten de manera particular de dicho derecho o facultad especial se sujetan a los mismos principios.

2. Igualdad de trato: Como consecuencia de lo anterior, los requisitos establecidos para el uso de bienes de dominio público del espacio público deben ser exactamente iguales para todos los interesados en su aprovechamiento, bien sean requisitos para el uso generalizado o normal del recurso o para cuando se pretendan reconocer derechos especiales y privativos de personas determinadas. Cualquiera que sea la circunstancia los requisitos deben ser idénticos, sin posibilidad de establecer

restricciones, limitaciones o diferenciaciones entre personas que están en una situación semejante.

3. Aprovechamiento colectivo: En razón de su dominialidad, el uso del espacio público es una facultad de toda la colectividad y no un derecho particular y excluyente de cada individuo. Por la misma razón los bienes de dominio público que de él forman parte no pueden ser materia de enajenación o prescripción ni generan derechos privados para quienes ejercen la facultad.
4. No son explotables económicamente: Como quiera que su titular es el pueblo (el conglomerado social del Estado) su administrador no puede pretender o derivar una explotación económica por el aprovechamiento colectivo del bien dominial, pues los titulares de un derecho no explotan económicamente el uso que para sí mismos hagan del derecho que detentan.

Cosa distinta es que cuando tales bienes resulten afectados, conculcados, disminuidos, degradados o averiados deban ser reparados por quien generó la causa del daño, en cuyo caso no existe una explotación económica sino una reparación o indemnización íntegra y completa del daño que puede ser exigida por el administrador del bien (Estado) por cuenta de su titular (el pueblo).

La excepción a esta regla resulta únicamente cuando se confieren derechos especiales a una determinada persona que escapan al uso colectivo del bien y que por consiguiente pueden dar lugar a que el administrador (Estado) imponga cargas económicas, que en todo caso deben ser iguales para todos los que gozan de este tipo de derechos especiales<sup>10</sup>.

5. El Estado obra como administrador: Ya se manifestó que los bienes de dominio público que hacen parte del espacio también público pertenecen o son de titularidad del pueblo, por consiguiente el Estado es un simple administrador de un recurso que no le pertenece a él sino a la colectividad.

No obstante por ser el Estado el administrador, le corresponde también la vigilancia, protección y conservación del bien, para lo cual cuenta con poderes autónomos de

---

<sup>10</sup> Esto impone adoptar una metodología de valoración objetiva por el administrador del recurso dominial que debe aplicar por igual a todos los que reciben el reconocimiento de un derecho especial sobre el bien. Si las cargas impuestas no fueran iguales o los criterios para su determinación carecieran de objetividad se vulnerarían los principios de igualdad en el trato y en el aprovechamiento del bien.

policía que no requieren de la intervención de otros poderes públicos para su ejercicio.

6. Competencia territorial: Tradicionalmente la competencia sobre el espacio público y los bienes dominiales que de él forman parte corresponde a las autoridades administrativas descentralizadas del orden territorial, quienes por justificaciones histórico-políticas tienen desde un principio —aún antes del nacimiento del Estado— la facultad de administrar estos recursos.

También, y sólo por excepción, las autoridades administrativas nacionales pueden tener injerencia en tales facultades administrativas y de policía, especialmente para cumplir la función de coordinación y complementariedad que debe existir entre unas y otras, derivada de la concepción nacional y unitaria del Estado, el que en sí mismo forma una sola organización sin menoscabo de la existencia de sus partes.

#### 4.2 Principios que rigen el uso del espacio público integrado por bienes de dominio privado

Como quiera que las fuentes, características y potestades estatales sobre estos bienes son distintas a las de dominio público sus principios están orientados a velar por la protección del derecho que se limita.

1. Igualdad de trato: Ésta se manifiesta en dos campos, desde la perspectiva del titular del derecho que resulta afectado, como desde el punto de vista de quien pretende el uso del espacio público vinculado a un bien de dominio privado. En ambos casos la regulación debe garantizar una igualdad de trato en las limitaciones que impone a los titulares de los derechos afectados, como del reconocimiento que haga a favor de quienes requieren de dichas limitaciones.

Por ningún motivo puede desconocer el regulador de este tipo de bienes la igualdad en el trato para todos los agentes que se encuentren comprometidos, los que deben sujetarse a reglas iguales de comportamiento, requisitos, obligaciones y condiciones.

2. Explotación o reconocimiento económico: Como quiera que los bienes de dominio privado están destinados al beneficio directo y particular de su titular, el uso de los mismos por un tercero comporta siempre y necesariamente un reconocimiento económico a favor del afectado, que debe sufragar el beneficiario del derecho a favor de quien sufre la limitación o gravamen que se le imponga sobre el referido bien privado.

Entonces, el reconocimiento económico es un presupuesto esencial para el uso de este tipo de bienes, es connatural a ellos y su valor puede determinarse en función del acuerdo de voluntades entre las partes, por decisión judicial o por regulación administrativa, cuando la ley expresamente permita esta última.

3. Generación de derechos: Por las mismas razones anotadas anteriormente, la afectación de bienes del dominio privado comporta el otorgamiento de derechos o beneficios correlativos a quien solicita el gravamen o afectación y que, en últimas, es quien los adquiere o sufraga por ellos. La imposición de una limitación de este tipo implica para el titular del dominio el deber de soportarla y al beneficiario de aquélla la facultad de ejercerla.
4. Estado regulador: La función de la autoridad administrativa sobre este tipo de bienes es distinta, ya no obra como administrador de un bien del pueblo sino como regulador o agente administrativo, que ejerce tales funciones con fundamento en la potestad de intervenir en la economía, en desarrollo del ejercicio del poder eminente que tiene sobre todos los bienes y personas que se encuentren en el territorio, con miras a asegurar el cumplimiento de la función social que tiene la propiedad privada.
5. Competencia territorial y nacional o sectorial: La competencia para regular el uso de los bienes de dominio privado vinculados al espacio público está distribuida entre las autoridades territoriales, en lo que toca con el espacio público por atracción, en cambio se sujeta a las autoridades nacionales o sectoriales en lo que hace a los servicios públicos respecto de los cuales se encuentran vinculados.

Con estos presupuestos en mente es factible desarrollar un ordenamiento coherente y sistemático del espacio público y de los bienes dominiales y privados vinculados al mismo, de forma que se atribuya a cada entidad la competencia que le corresponde para el ejercicio de las potestades públicas con sujeción a los alcances que éstas tienen.

## 5. USO DEL ESPACIO PÚBLICO PARA TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA

Si bien Colombia no tiene una tradición extensa en la regulación del espacio público en materia de telecomunicaciones, sí ha trazado a nivel legal presupuestos que son verdaderos hitos que demuestran la importancia del espacio público para el sector, la que, muy seguramente, aumentará en el futuro.

En Colombia, desde la Constitución Política de 1886 se había definido en forma amplia como competencia de los municipios el ordenamiento de su espacio público, en la medida que la Carta atribuía a los concejos municipales la facultad de ordenar lo conveniente para la administración del distrito<sup>11</sup>.

Al amparo de dicha Constitución, la Ley 9 de 1989, expedida antes de la promulgación de la Carta Política vigente<sup>12</sup>, consignó las reglas básicas para una reforma urbana integral en cuya virtud se dictaron normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes, con profundas implicaciones en la concepción del espacio público, en todos los municipios del país, entidades que estaban sujetas a dicho ordenamiento para efectos de la expedición de sus normas urbanas y de planeación al interior de sus respectivas jurisdicciones.

### 5.1 Espacio público en el Estatuto de Telecomunicaciones

Al año siguiente, cuando todavía estaba muy reciente la expedición de la Reforma Urbana, el Estatuto de Telecomunicaciones<sup>13</sup>, por primera vez en la historia normativa del país, se ocupó de dictar normas que vinculan el uso del espacio público con el sector.

La primera nota característica de esta reforma es que el uso del espacio público, así como el cumplimiento de las normas urbanas y de planeación, se relaciona —como es obvio— con las normas de telecomunicaciones concernientes a las redes o infraestructuras y no con las relativas a los servicios. Puesto en otros términos, en el régimen de telecomunicaciones colombiano el uso o aprovechamiento del espacio público es un tema concerniente al establecimiento de las redes o medios de comunicaciones y no a las facilidades que se suministran a través de ellas. Es evidente que forman parte del conjunto normativo y del estudio de la red, en la medida que es para ellas o para sus elementos, equipos o sistemas que se emplea el espacio público y, por lo tanto, es para ello que deben acatarse las normas urbanas y de planeación.

Esta regulación que vincula el uso del espacio público se manifiesta en dos formas según el tipo de infraestructura de que se trate.

En lo que se refiere a las redes públicas<sup>14</sup>, o sea las destinadas a la provisión de servicios de telecomunicaciones al público, el Estatuto General dispone lo siguiente:

---

<sup>11</sup> Cfr. Artículo 197, numeral 1.

<sup>12</sup> Hecho que aconteció el 6 de julio de 1991.

<sup>13</sup> Decreto Ley 1900 de 1990, expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República mediante la Ley 72 de 1989.

*“El establecimiento, la instalación, la expansión, la modificación, la ampliación, la renovación y la utilización de la red de telecomunicaciones del Estado, o de cualquiera de sus elementos, constituyen motivos de utilidad pública e interés social”.*<sup>15</sup>

La importancia de esta disposición frente al uso del espacio público, radica precisamente en el hecho de calificar de antemano, o lo que es lo mismo presumir de derecho<sup>16</sup>, como de utilidad pública e interés social el establecimiento de redes de telecomunicaciones.

Esta norma tiene dos manifestaciones: Una desde el punto de vista de las personas que están sometidas a acatar esta limitación de sus derechos o, puesto en otros términos, de los sujetos pasivos de la imposición legal. El carácter general de la garantía legal implica que ella se aplique a todas las personas, sean de derecho público o privado, titulares de los derechos que puedan resultar afectados con la aplicación del precepto normativo, sean o no operadores de telecomunicaciones.

Así concebida esta regla tiene una consecuencia importante respecto de las potestades a cargo de las entidades territoriales con competencia en el espacio público, en tanto y en cuanto aquellas no están en la posibilidad de invocar su competencia para impedir el establecimiento de redes de telecomunicaciones so pretexto de exigir el cumplimiento de las normativas locales de carácter urbanístico o de planeación, ni para reconocer ese derecho únicamente a algunas personas u operadores y, mucho menos, para ejercerlas para fines distintos para los que están instituidas tales facultades<sup>17</sup>. A los sumo, dichas competencias territoriales podrían ser empleadas para velar por la correcta planeación urbana y de ser cumplidas estas condiciones no podría impedirse el establecimiento de la red, de modo que sólo en el evento que las normas de carácter urbano y de planeación no fueren observadas existiría una causa válida para que la autoridad territorial impidiera la instalación de la red.

Es más, en caso de que pudiera existir una incompatibilidad entre la norma urbanística o de planeación con la normativa de telecomunicaciones, la primera debe ceder ante la segunda, en la medida que la jerarquía nacional y la importancia que tienen los servicios públicos para la sociedad prevalece sobre el interés local.

---

<sup>14</sup> Denominadas por el legislador colombiano redes de telecomunicaciones del Estado. Sin embargo, esta nominación no está relacionada con la titularidad o propiedad sobre la red sino sobre su destinación.

<sup>15</sup> Artículo 22 Decreto Ley 1900 de 1990.

<sup>16</sup> Sin que sea posible prueba en contrario.

<sup>17</sup> La competencia de las entidades territoriales en ningún caso puede intervenir en los aspectos técnicos de las redes, que es una cuestión relativa exclusivamente al régimen de telecomunicaciones y, por lo tanto, de la órbita de las autoridades con potestades en esta materia.

La mayor dificultad en la aplicación de esta regla tuvo principalmente dos causas: En primer término, la ausencia de normatividad territorial para el uso del espacio público, y, en segundo término, el libre ejercicio de las empresas públicas de servicios locales sobre el uso del espacio público o incluso la intervención de estas mismas empresas en la planeación del mismo<sup>18</sup>. Con la introducción de la competencia y el surgimiento de nuevos operadores, estas facultades excepcionales que tuvieron las empresas de telecomunicaciones locales no resultaban acordes con la igualdad en el trato que desde el punto de vista del cumplimiento de las normas territoriales había de darse a todos los operadores. Como se verá más adelante, esta dificultad y trato discriminatorio fue solucionado años después en forma prácticamente definitiva por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>19</sup>.

Finalmente, cabe resaltar cómo el deber impuesto afecta o se aplica también sobre los operadores de telecomunicaciones, quienes en virtud de ese mandato no pueden impedir el desarrollo de las infraestructuras nacionales y están obligados a soportar inclusive limitaciones sobre los derechos que ostentan sobre sus redes<sup>20</sup>. Si bien esta previsión no tuvo una manifestación inmediata en la regulación, sí constituyó posteriormente uno de los fundamentos de la normativa relacionada con la interconexión de las redes de telecomunicaciones, primero establecida para los servicios telefónicos públicos domiciliarios y posteriormente extendida para todos los demás.

Otro efecto de la norma citada —no menos importante— puede ser analizado desde la perspectiva de quienes pueden invocar la protección legal para el ejercicio de sus derechos, que en particular son los titulares de las redes de telecomunicaciones y quienes son los destinatarios finales de la norma. Por su carácter general, la norma resulta aplicable para cualquier tipo de infraestructura de uso público, sin importar la naturaleza, clase o tipo de servicio al que dicha red esté destinada. Luego, la protección está dada de manera general para todas las redes y, desde luego, ampara a todos los operadores de telecomunicaciones que cuenten con autorización para el tendido de medios de transmisión, sean alámbricos o inalámbricos.

Pero el Estatuto de las Telecomunicaciones de 1990 también dispuso previsiones respecto a la limitación que tendrían las redes de uso privado y mantuvo como principio

---

<sup>18</sup> Hecho que se explica en que la autoridad territorial (municipio) era al mismo tiempo titular de la empresa que explotaba en dicha jurisdicción los servicios de telecomunicaciones.

<sup>19</sup> Ley 142 de 1994.

<sup>20</sup> Especialmente para el aprovechamiento de ductos y postes, así como del espacio físico requerido para el establecimiento de otras redes.

de regulación una autorización general para su establecimiento, pero sin perjuicio de obtener los permisos que fueran necesarios para dar cumplimiento a las normas de planeación urbana que establezcan las autoridades municipales<sup>21</sup>. Entonces, a diferencia de lo que sucede con las reglas concernientes a las redes de uso público, en el caso de las redes de uso privado existe una previsión expresa que ordena respetar las normas urbanas previstas por las autoridades territoriales para el uso del espacio público, mas esto no implica que aquellas no tuvieran que observar la misma regla. Es evidente que en razón del principio de coordinación y complementariedad de las competencias públicas los titulares de las redes destinadas a la prestación de servicios también deben cumplir con las normas urbanas dictadas por las autoridades locales, pero el nivel de jerarquía normativa es diferente.

Es más, el artículo 17 del mismo estatuto que tenía por objeto normar exclusivamente las redes para la recepción de señales incidentales de televisión (que en esa época habían cobrado mucho auge) dispuso que dichas infraestructuras no podían atravesar el espacio público, con lo cual se pretendía establecer una limitación espacial sobre ese tipo de redes, norma que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que el Presidente de la República no tenía facultades para establecer ese tipo de límites.

Si bien estos son los presupuestos básicos que originalmente tuvo el régimen de telecomunicaciones en relación con el espacio público, el desarrollo que posteriormente tuvo el concepto hace que hoy su alcance y contenido sea mucho más amplio.

## 5.2 El espacio público en la Constitución de 1991

Dentro del Título de los Derechos Colectivos y del Ambiente, el constituyente dispuso expresamente los principios orientadores para el espacio público en Colombia. Para ese cometido el artículo 82 de la Carta Política expresamente se ocupó de trazar los principios sobre el espacio público bajo el siguiente tenor:

*“Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.*

*Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”.*

---

<sup>21</sup> Cfr. Artículo 16 inciso primero Decreto Ley 1900 de 1990.



Al mismo tiempo la Constitución instauró las acciones populares como instrumento para la defensa de los derechos colectivos, entre los cuales está comprendido —como se observó anteriormente— el uso común del espacio público<sup>22</sup>. Así mismo, el artículo 311 de la Carta confirió a los municipios, como entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado, ordenar el desarrollo de su territorio, para lo que estableció como funciones de los concejos adoptar los planes y programas de desarrollo económico, social y de obras públicas y reglamentar los usos del suelo, dentro de los límites que le fije la ley, al tiempo que vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados para la vivienda<sup>23</sup>.

Con la nueva Carta, el espacio público cobra una relevancia distinta en el ordenamiento positivo colombiano, al punto de ser identificado con un derecho tangible y exigible efectivamente por la comunidad, se atribuye constitucionalmente a la Nación la titularidad jurídica sobre el mismo<sup>24</sup> y al Estado se le impone su protección. Esta nueva concepción hace que la noción de espacio público no pueda ser identificada únicamente con los bienes dominiales o de dominio público pues, por el contrario, amplía tajantemente su alcance a bienes de dominio privado cuyos intereses deben ceder ante el uso común. Así las cosas, el concepto de espacio público adquiere una acepción moderna y mucho más amplia.

De ahí que la definición legal del espacio público y con ello la incorporación de bienes sujetos al dominio privado cobra mayor relevancia, en la medida que es el legislador el que determina expresamente las limitaciones a los derechos individuales sin transformar la naturaleza jurídica de aquellos, que permanecen en todo caso sujetos a los principios del derecho común.

Pero en cualquiera de los casos, se trate de bienes de uso público o sujetos al derecho privado, el Estado tiene competencia para velar por la integridad del espacio público y por ende de los bienes que lo integran. En esa misma potestad radica la competencia del Estado para asegurar el uso común del mismo, lo que implica la posibilidad de que sea aprovechado por cualquier persona, incluidos los operadores de telecomunicaciones y los titulares de las redes empleadas para tal fin.

---

<sup>22</sup> Cfr. Artículo 88 “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (...)”

<sup>23</sup> Cfr. Artículo 313, numerales 2 y 7.

<sup>24</sup> Cfr. Artículo 101 y 102.

No obstante y como se manifestó inicialmente, la forma para hacer efectiva dicha garantía para el uso común depende en últimas de la naturaleza pública o privada que integra el espacio público.

Del mismo modo, la eficacia del derecho reconocido constitucionalmente a la comunidad se manifiesta procesalmente mediante la posibilidad de ejercer acciones populares para el reconocimiento y protección de los derechos que le han sido reconocidos a la comunidad, con lo cual es factible que el uso del espacio público no solamente sea exigido por cualquier persona directamente interesada con el aprovechamiento del recurso, sino también por quienes indirectamente tengan ese tipo de interés.

Ahora bien, continúan siendo las autoridades territoriales municipales las que tienen mayor injerencia en la regulación del espacio público, en particular para formular las normas relativas al ordenamiento urbano y de planeación municipal. Esto no obsta para que otras autoridades públicas puedan también tener competencia sobre el espacio público circunscrito a otras materias, como servicios públicos, telecomunicaciones, o similares.

### 5.3 El uso del espacio público en servicios domiciliarios

Indudablemente la Ley 142 de 1994 ha sido la norma con mayor incidencia en el desarrollo de los principios para el uso del espacio público. Si bien esta norma se aplica únicamente para los servicios de telefonía pública conmutada sus desarrollos posteriores han llegado a generar efectos para todo el sector.

La citada ley plantea como principio fundamental del régimen, la libertad de las empresas y el reconocimiento del derecho que éstas tienen de construir, operar y modificar redes e instalaciones de los servicios públicos, en condiciones iguales a las exigidas a otras entidades a la fecha en que fue expedida dicha norma. Este reconocimiento se plantea en los siguientes términos:

*“Redes. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades públicas que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta ley.*

*Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.*

*Las comisiones de regulación pueden exigir que haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. Pero en ningún caso exigirán características específicas de redes o sistemas más allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de recursos. Las comisiones podrán exigir, igualmente, que la construcción y operación de redes y medios de transporte para prestar los servicios públicos no sea parte del objeto de las mismas empresas que tienen a su cargo la distribución y, además, conocerán en apelación los recursos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes. La construcción y operación de redes para el transporte y distribución de agua, residuos, electricidad, gas y telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural, así como el señalamiento de las tarifas por su uso, se regirán exclusivamente por esta ley y por las normas ambientales, sanitarias y municipales a las que se alude en sus artículos 25 y 26 de esta ley”.*<sup>25</sup>

Varios elementos fundamentales resultan de la norma transcrita, de un lado, el claro y manifiesto derecho que tienen los operadores telefónicos a construir sus infraestructuras y, de la otra, una limitación a las facultades territoriales que no pueden exigir a estos requisitos o condiciones distintas a las establecidas para quienes ya tienen a su cargo la explotación del servicio, con lo cual se garantiza la igualdad de trato entre los distintos operadores en cuanto se refiere al establecimiento de sus infraestructuras.

Pero, además, se establece una limitación a tal facultad empresarial al imponerse el mantenimiento y la reparación de las redes locales que instalen y la determinación de las potestades de las autoridades nacionales en materia de infraestructuras, así como para la intervención por vía de apelación sobre los actos de las autoridades municipales referidos a la construcción y operación de redes.

Para hacer efectivos estos derechos el legislador fue más allá e inclusive estableció la protección policial para las empresas de servicios públicos que puedan ejercer estos derechos:

*“Amparo policivo. Las autoridades nacionales, departamentales y municipales, tanto civiles como de policía, inmediatamente se lo solicite una empresa de servicios públicos, le prestarán su apoyo para hacer que se le restituyan los inmuebles que los particulares hayan ocupado contra la voluntad o sin conocimiento de la empresa; o para que cesen los*

---

<sup>25</sup> Cfr. Artículo 28 Ley 142 de 1994.

*actos que entorpezcan o amenacen perturbar, en cualquier tiempo, el ejercicio de sus derechos.*

*La autoridad respectiva ordenará el retiro de los ocupantes del inmueble o el cese de la perturbación, o de la amenaza de ella, conminando a los perturbadores con multas de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos mensuales, por cada semana o fracción de demora transcurrida desde la fecha de la respectiva resolución, y sin perjuicio de otras medidas previstas en las leyes. En todo caso, en ejercicio de tales procedimientos, se respetará el principio del debido proceso garantizado por el artículo 29° de la Constitución Política”.<sup>26</sup>*

Unido a estos derechos y potestades la ley también señala deberes a cargo de las entidades estatales (municipios) para el otorgamiento de los permisos que les corresponden y que revelan en sí mismos el alcance de los derechos de las empresas, principalmente el que se les permita la instalación permanente de redes destinadas a la prestación de los servicios a su cargo, al tiempo que la facultad de utilizar y el deber de las entidades a permitir el uso de la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público.

Estas normas reiteran la obligación de las empresas de servicios de responsabilizarse por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes y la obligación de respetar las normas generales de planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, así como la seguridad y tranquilidad ciudadanas, y las autoridades pueden exigir a dichas empresas las garantías adecuadas a los riesgos que creen<sup>27</sup>.

Si bien como se afirmó la Ley 142 únicamente se aplica a los servicios públicos domiciliarios<sup>28</sup>, teniendo en consideración la importancia que estos tienen para la colectividad, es indudable que las implicaciones relativas al tendido y construcción de

---

<sup>26</sup> Cfr. Artículo 29 Ley 142 de 1994.

<sup>27</sup> “**ARTICULO 26.- Permisos municipales.** En cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia.”

<sup>28</sup> En materia de telecomunicaciones únicamente la telefonía pública básica conmutada.

redes sobre los derechos de las empresas y en cuanto a las limitaciones de las potestades públicas, también sirvieron como presupuestos fundamentales para asegurar la libre y leal competencia entre los demás operadores de estos servicios. Del mismo precepto legal parten las competencias estatales sectoriales en cabeza de las comisiones de regulación para dictar normas de carácter general con el objeto de afianzar y posibilitar el interfuncionamiento de las infraestructuras, base principal de las disposiciones relativas a los elementos físicos y lógicos que integran las distintas redes y recogidas en el régimen de interconexión, en cuya virtud se hace posible el uso de equipos, instalaciones, ductos, postes y otros insumos necesarios para asegurar aquéllas y que comparten o no la noción de espacio público.

#### 5.4 El aprovechamiento de las redes eléctricas en servicios de telecomunicaciones

A la norma general de servicios públicos domiciliarios se une la imposición especial prevista en el artículo 30 de la Ley 143 de 1994, que estableció como posibilidad de las empresas propietarias de redes de interconexión eléctrica brindar el servicio de servidumbre para los servicios de telecomunicaciones, disposición de la que nace y se hace evidente la vinculación entre los sectores eléctrico y de telecomunicaciones, para hacer uso compartido de una misma infraestructura.

No obstante lo anterior, esta opción emanaba de la voluntad de las partes en la medida que su efectivo desarrollo dependía del consentimiento de las empresas involucradas en suministrar y contratar el servicio de servidumbre, hecho que se dio principalmente con redes de televisión que hicieron uso de los postes y ductos de las empresas de energía eléctrica, para el tendido de cables destinados a ser utilizados en televisión por suscripción.

Pero del mismo modo, la imposibilidad de llegar siempre a este tipo de acuerdos a los que hacía mención la Ley 143 y el hecho de no estar amparados otros servicios de telecomunicaciones por las normas de la Ley 142 de 1994, condujo a que en normas especiales se reconociera esa posibilidad como un derecho cierto del operador de telecomunicaciones. En esta dirección la Ley 335 de 1996, norma que tenía por objeto regular el servicio de televisión, prescribió:

*“ART. 4o. El párrafo del artículo 19 de la Ley 182 de 1995 quedará así:*

*Parágrafo. Previo acuerdo entre las partes, las concesionarios del servicio de televisión podrán utilizar, de ser técnicamente posible las redes de telecomunicaciones y de energía eléctrica del Estado o de las empresas de servicios públicos domiciliarios, así como la*

*infraestructura correspondiente a postes y ductos, para tender y conducir los cables necesarios para transportar y distribuir la señal de televisión al usuario del servicio.*

*El acuerdo a que alude el inciso anterior debe incluir la condiciones de utilización de las redes de infraestructura y el valor de compensación por el uso que de ellas hagan los concesionarios del servicio de televisión.*

*En el evento de no presentarse acuerdo entre las partes, se acudirá a resolver la controversia, por medio del arbitramento, con la designación de los árbitros, conforme con lo dispuesto por el Código de Comercio.*

*En ningún caso el pago por el uso de la infraestructura de postes y ductos dará lugar a la pérdida del derecho al uso de las mismas, sin perjuicio de las multas que se pacten en el acuerdo”.*

Si bien la norma circunscribía esta facultad a los operadores de los servicios de televisión también extendía la posibilidad de ejercer la facultad frente a todos los operadores de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones, disposición que en virtud del principio constitucional de la igualdad tendría que ser aplicada también a otros operadores de telecomunicaciones que se encontraran en la misma situación.

Esto adicionalmente implicaba que no solamente los bienes vinculados con el concepto de espacio público podrían ser utilizados por los operadores, sino también aquellos del dominio privado, que sin tener la categoría de bienes integrantes de dicho espacio, podrían ser afectados para el tendido de redes de telecomunicaciones.

### 5.5 Regulaciones nacionales e internacionales posteriores en materia de espacio público

Fue la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la que desarrolló posteriormente estos postulados legales básicos para asegurar que todos los operadores pudieran hacer uso del espacio público y de los bienes sujetos al dominio privado que no hacían parte de él, para prestar servicios de telecomunicaciones.

Primero mediante la expedición de la Resolución 087 de 1997 donde están contenidas las normas generales de competencia e interconexión de los servicios telefónicos públicos domiciliarios y, posteriormente, a través de la Resolución 575 del 2002 que contiene el Régimen Unificado de Interconexión para todos los servicios de telecomunicaciones, disposiciones en las que se consignan los elementos básicos para el aprovechamiento del espacio público y demás bienes necesarios para la interconexión y establecimiento de las redes.

No obstante lo anterior, este mismo hecho fue el que generó un desorden importante en el uso del espacio público, que día a día se ha visto afectado por la existencia y la consolidación de la competencia en telecomunicaciones, como quiera que más empresas están en la necesidad de ejercer los derechos reconocidos en la ley para el desarrollo de sus infraestructuras.

A esto se unen disposiciones como el artículo 22 de la Decisión 462 del Pacto Andino, norma que si bien está referida en términos generales a los recursos escasos y en particular al espectro radioeléctrico, a la numeración y a los derechos de paso, este último cabría aplicarse sobre el espacio público de los respectivos miembros de la Comunidad Andina. Esta disposición prescribe:

*“Todo procedimiento para la obtención de permisos para el uso del espectro radioeléctrico, incluidos los enlaces ascendentes y descendentes de los segmentos esenciales debidamente coordinados en los respectivos Países Miembros, así como para el uso de la numeración y los códigos de señalización, se debe llevar a la práctica de manera oportuna, objetiva, transparente y no discriminatoria.*

*Para este fin, las solicitudes de permisos para el uso del espectro radioeléctrico, numeración, derechos de paso y códigos de señalización deben sujetarse y cumplir la normativa nacional y los procedimientos establecidos en los respectivos Países Miembros, y cancelar las contraprestaciones económicas a que hubiere lugar.*

*Los Países Miembros no podrán discriminar ni dar tratamiento distinto a los operadores de los servicios cuyo título haya sido otorgado a través del procedimiento de homologación, que el que otorgan a sus operadores nacionales para la asignación y uso del espectro radioeléctrico, de numeración, derechos de paso y códigos de señalización en su correspondiente territorio.*

*Se debe poner a disposición del público el estado actual del uso de las bandas de frecuencias atribuidas”. (No subrayado en el original.)*

De la norma citada emanan los principios fundamentales de la nueva normativa que ha de aplicarse en los países andinos en materia de espacio público y, aun, sobre los derechos de paso que son un concepto más general, en la medida que pueden predicarse de bienes que no forman parte del espacio público.

Dichos principios son los de oportunidad, objetividad, transparencia y no discriminación. Estos deben ser observados no sólo por las autoridades territoriales que tengan competencia para el manejo del espacio público sino también por las nacionales, las que deben evitar que las medidas de regulación que adopten vulneren los postulados internacionales que gobiernan esta institución.

Indudablemente, será labor de cada regulador señalar las normativas para el cumplimiento de estos objetivos y para hacer realidad el mandato supranacional que ordena permitir el uso eficiente de los recursos escasos, entre ellos, el espacio público y demás derechos de paso indispensables para el establecimiento de redes de telecomunicaciones.

Mención especial en el desarrollo normativo sobre el espacio público vinculado con las telecomunicaciones debe hacerse sobre las Directivas de la Comunidad Económica Europea, no solamente por ser de reciente promulgación, sino además, porque ellas fijan la tendencia que en países desarrollados tiene esta problemática a nivel jurídico y normativo.

El artículo 11 de la Directiva Marco 2002/21/CE del 7 de marzo de 2002 expedida por el Parlamento Europeo contiene disposiciones relacionadas con los derechos de paso, vinculados necesariamente al uso de bienes de dominio público y privado que se requieren para efectos de telecomunicaciones, como manifestación incontrovertible de la preocupación que existen en materia de la regulación de esos recursos. Señala dicha disposición:

*“1. Los Estados miembros velarán por que, cuando la autoridad competente examine:*

- *una solicitud de concesión de derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas, a favor de una empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, o*
- *una solicitud de concesión de derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas, a favor de una empresa autorizada a suministrar redes de comunicaciones electrónicas no disponibles para el público*

*la autoridad competente:*

- *actuará según procedimientos transparentes y accesibles al público, aplicados sin discriminación y sin demora, y*
- *aplicará los principios de transparencia y no discriminación al establecer condiciones para el ejercicio de dichos derechos.*

*Los procedimientos anteriormente mencionados podrán ser diferentes, dependiendo de si el solicitante suministra redes públicas de comunicaciones o no.*

*2. Los Estados miembros velarán por que, cuando las autoridades públicas o locales mantengan la propiedad o el control de empresas explotadoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, exista una separación estructural efectiva entre la función de otorgamiento de los derechos a los que se refiere el apartado 1 y las actividades asociadas con la propiedad o el control.*



*3. Los Estados miembros velarán por que existan mecanismos eficaces que permitan a una empresa recurrir decisiones relativas a la concesión de derechos de instalación y recursos ante un organismo independiente de las partes implicadas.”*

De otra parte, el artículo 33 de la Directiva 2002/20/CE consagra la necesidad de adelantar los estudios sobre las mejores prácticas tanto para el uso del espectro radioeléctrico como para la concesión de derechos de paso, con lo cual se reconoce la cabal importancia que tiene este aspecto en materia de telecomunicaciones.

Lo anterior demuestra, de una parte que cada día más cobra mayor relevancia la normativa sobre el espacio público vinculado para efectos de las redes de telecomunicaciones, no solamente por la necesidad ineludible que existe de hacer uso del mismo, sino por las dificultades que genera su aprovechamiento en forma anárquica o en condiciones asimétricas para los diversos interesados, así como por los profundos efectos económicos que este asunto tiene tanto para las empresas operadoras, como para los titulares de los bienes, públicos o privados que se involucran.

## **6. LA NECESIDAD DE NUEVO RÉGIMEN DE ESPACIO PÚBLICO PARA TELECOMUNICACIONES**

En forma consistente con el desarrollo que ha tenido el concepto y con la importancia cada vez más evidente del espacio público para telecomunicaciones, no cabe duda que en los nuevos regímenes de telecomunicaciones se impone la necesidad de fijar los principios básicos elementales para el uso del espacio público, así como para el aprovechamiento de los bienes dominicales y privados que lo conforman.

Ahora bien, ello implica también mantener y respetar los principios generales de derecho que se aplican según la naturaleza jurídica que corresponde a los distintos bienes que conforman el espacio público, sean de dominio público o de dominio privado, con el objeto de mantener coherencia jurídica en la regulación de unos y otros, de modo que se ajusten siempre a las respectivas las potestades estatales que existan respecto de cada uno de ellos, pues es evidente que su regulación no puede ser enteramente asimilable.

Colombia no escapa ya a los primeros debates que empiezan a centrarse en torno al uso del espacio público y a la naturaleza de los bienes que lo conforman, que hacen cada vez más evidente, de una parte, la ausencia de una normativa suficiente y sobre todo coherente sobre la materia, especialmente en cuanto se relaciona con el establecimiento de redes de telecomunicaciones y, de la otra, la ausencia del estudio y comprensión de

los principios jurídicos que se encuentran involucrados, como quiera que en forma indebida a los bienes de dominio público se les aplican y equiparan no pocas veces las reglas particulares de los bienes de dominio privado, mientras que en otros muchos casos se extienden las reglas propias de aquellos a los bienes de propiedad particular, lo que hace imposible en la práctica una organización consistente de las soluciones de regulación propuestas.

El uso del espacio público y de los bienes que lo conforman requiere un tratamiento legal que haga efectivo no solamente al real aprovechamiento de aquél para beneficio de todos los habitantes, sino también del debido respeto de la propiedad privada que pueda estar involucrada o vinculada con el espacio público, lo que en modo alguno se contrapone con dicho propósito.

El Estado está en el deber de asegurar reglas suficientes para garantizar la transparencia, igualdad, no discriminación y prontitud en el uso del espacio público para el tendido de redes de telecomunicaciones, sin que ello comporte intromisión indebida en los derechos de propiedad privada sobre los bienes que lo integran.

Así mismo es indispensable contar con reglas de procedimiento expeditas para hacer posible efectivamente el uso del espacio público y contar con entidades independientes que resuelvan las discrepancias que se presenten, sean judiciales o administrativas.

Pero por sobre todo, el espacio público debe ser protegido por el Estado para precaver los daños que puedan ocasionarse a la colectividad, a quien de hecho le pertenecen al menos los bienes de dominio público que lo conforman y que son el mayor componente de aquel. Para ello es preciso imponer obligaciones de coordinación a quienes desean utilizar el espacio público para telecomunicaciones, exigirles las garantías suficientes para afectar en el menor grado la vida normal de las personas e imponer el deber elemental de reparar las afectaciones de los bienes de uso público y privado de manera total y completa, para dejarlas en el mismo estado o mejor al que se encontraban antes de sufrir la afectación.

Por ello, antes que preocuparse de las condiciones económicas en que ha de permitirse el uso del espacio público, es más importante dedicarse a señalar las normas que le garanticen a la sociedad continuar con el mejor disfrute del mismo, máxime si se tiene en cuenta que dicha explotación económica no es connatural al concepto de espacio público ni al de bienes dominicales y que el titular de tales derechos no es el Estado sino la colectividad, que indudablemente está legitimada para exigir a la organización

pública que administre el recurso para beneficio de los habitantes y no para el incremento de las arcas públicas.