

SENTENCIA DEL 26 DE AGOSTO DE 2009, NÚM. 20

Sentencia impugnada: Cámara de Cuentas de la República, en funciones de Tribunal Superior Administrativo, del 30 de agosto de 2005.

Materia: Laboral.

Recurrente: Procurador General Administrativo de la República, Dr. Víctor Robustiano Peña.

Abogado: Dr. Víctor Robustiano Peña.

Recurrido: Fundación Pedro Alegría Pro- Desarrollo de San José de Ocoa Inc.

Abogados: Dr. Rafael Franco y Licda. Elsa M. de la Cruz Matos.

CAMARA DE TIERRAS, LABORAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO-TRIBUTARIO.

Casa

Audiencia pública del 26 de agosto de 2009.

Preside: Julio Aníbal Suárez.

Dios, Patria y Libertad

En Nombre de la República, la Cámara de Tierras, Laboral, Contencioso-Administrativo y Contencioso-Tributario de la Suprema Corte de Justicia, dicta en audiencia pública la siguiente sentencia:

Sobre el recurso de casación interpuesto por el Procurador General Administrativo de la República, Dr. Víctor Robustiano Peña, actuando en representación del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, entidad estatal descentralizada del Estado Dominicano, creada mediante la Ley General de Telecomunicaciones núm. 153-98, contra la sentencia dictada por la Cámara de Cuentas de la República, en funciones de Tribunal Superior Administrativo el 30 de agosto de 2005, cuyo dispositivo se copia más adelante;

Oído al alguacil de turno en la lectura del rol;

Oído en la lectura de sus conclusiones al Dr. Rafael Franco, abogado de la recurrida Fundación Pedro Alegría Pro-Desarrollo de San José de Ocoa, Inc.;

Oído el dictamen del Magistrado Procurador General de la República;

Visto el memorial casación, depositado en la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 24 de octubre de 2005, suscrito por el Dr. Víctor Robustiano Peña, quien en ese entonces se desempeñaba como Procurador General Administrativo y que de conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la Ley núm. 1494 de 1947, que instituye la jurisdicción contencioso-administrativa, actúa a nombre y representación del recurrente, Instituto

Dominicano de las Telecomunicaciones, mediante el cual propone los medios de casación que se indican más adelante;

Visto el memorial de defensa, depositado en la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 18 de noviembre de 2005, suscrito por el Dr. Rafael Franco y la Licda. Elsa M. de la Cruz Matos, con cédulas de identidad y electoral núms. 001-0749667-1 y 001-0749569-9, respectivamente, abogados de la recurrida Fundación Pedro Alegría Pro- Desarrollo de San José de Ocoa Inc.;

Visto el escrito ampliatorio del recurso de casación, depositado en la Secretaria de la Suprema Corte de Justicia el 22 de diciembre de 2005, por el entonces Procurador General Administrativo, Dr. Víctor Robustiano Peña, en representación del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, notificado a la hoy recurrida mediante acto No. 1676-2005 de fecha 26 de diciembre de 2005;

Visto el escrito de réplica al escrito de ampliación, depositado en la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 4 de enero de 2006, suscrito por los abogados de la recurrida;

Visto el escrito ampliatorio del recurso de casación, depositado en la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 27 de abril de 2006, suscrito por los Licdos. José Alfredo Rizek y Olivo A. Rodríguez Huertas, en representación del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones;

Visto el auto dictado el 24 de agosto de 2009, por el Magistrado Jorge A. Subero Isa, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, por medio del cual llama, en su indicada calidad, al Magistrado Víctor José Castellanos Estrella, Juez de esta Corte, para integrar la Cámara de Tierras, Laboral, Contencioso-Administrativo y Contencioso-Tributario de la Suprema Corte de Justicia, en la deliberación y fallo del recurso de casación de que se trata, de conformidad con la Ley núm. 684 de 1934;

Visto la Ley núm. 25 de 1991, modificada por la Ley núm. 156 de 1997, y los artículos 1, 20 y 65 de la Ley sobre Procedimiento de Casación;

La CORTE, en audiencia pública del 27 de mayo de 2007, estando presentes los Jueces: Juan Luperón Vásquez, Presidente; Julio Aníbal Suárez, Enilda Reyes Pérez, Darío O. Fernández Espinal y Pedro Romero Confesor, asistidos de la Secretaria General y después de haber deliberado los jueces signatarios de este fallo;

Considerando, que en la sentencia impugnada y en los documentos a que ella se refiere, consta lo siguiente: a) que en fecha 15 de abril de 2004, el Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), dictó su Resolución núm. 048-04, cuyo dispositivo es el siguiente: “**Primero:** Otorgar concesiones y licencia por el período de veinte (20) años, a favor de la institución sin fines de lucro denominada Fundación Pedro Alegría Pro-Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., para la prestación del servicio de radiodifusión sonora a través de la frecuencia 90.3 Mhz de la banda de frecuencia modulada (F. M.) en el Municipio de San José de Ocoa, por haber cumplido con los requisitos legales y

reglamentarios establecidos al efecto por la Ley General de Telecomunicaciones, el Reglamento de Concesiones, inscripciones en Registros Especiales y Licencias para prestar Servicios de Telecomunicaciones en la República Dominicana y el Reglamento de Radiodifusión Sonora en frecuencia modulada (F. M.) en sus disposiciones citadas;

Segundo: Disponer que el trasmisor para la operación de la estación Alegría F. M. deberá estar ubicada en el Municipio de San José de Ocoa, Provincia de San José de Ocoa, con una altura máxima de antena de 120 pies, sobre el nivel de terreno en la zona urbana, con una potencia de 1.5 kilos, absteniéndose de instalar el trasmisor en lomas o elevaciones;

Tercero: Declarar que la frecuencia que se autoriza a operar de manera definitiva mediante la presente resolución podrá ser cambiada o sustituida por el Indotel en cualquier momento, siempre que los trabajos de administración y gestión del experto radioeléctrico así lo ameriten;

Cuarto: Ordenar al Director Ejecutivo del Indotel, que suscriba con la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., el correspondiente contrato de concesión, el cual incluirá, como mínimo, las cláusulas y condiciones establecidas en la Ley núm. 153-98 y el artículo 23 del Reglamento de Concesiones, Inscripciones en Registros Especiales y Licencias para prestar Servicio de Telecomunicaciones en la República Dominicana, así como cualquier otra cláusula que a juicio del Indotel resulte necesaria o conveniente en relación con la prestación del servicio autorizado;

Quinto: Declarar que el contrato de concesión a ser suscrito con la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., entrará en vigencia a partir de la fecha que sea aprobado de manera definitiva mediante Resolución del Consejo Directivo del Indotel;

Sexto: Ordenar la emisión del correspondiente Certificado de Licencia a nombre de la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., que refleje la autorización otorgada por medio de la presente resolución y contenga las cláusulas y condiciones específicas en el artículo 43 del Reglamento de Concesiones, Inscripciones de Registros Especiales y Licencias para prestar Servicios de Telecomunicaciones en la República Dominicana;

Séptimo: Ordenar la notificación de esta resolución a la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., su publicación en el boletín oficial del Indotel y en la página Web que mantiene esta institución en la Internet”;

b) que en fecha 29 de diciembre de 2004, mediante Comunicación núm. 050003, el Consultor Jurídico y Director Ejecutivo Interino del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, le informó a la hoy recurrida, lo siguiente: “Nos referimos al informe emitido por funcionarios de inspección del Indotel, conforme al cual en monitoreos realizados a sus transmisiones, se pudo comprobar que esa emisora se encuentra difundiendo publicidad comercial dentro de su programación, a través de la frecuencia 90.3 MHZ, en la ciudad de San José de Ocoa, frecuencia que fuera asignada a la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., mediante la Resolución núm. 048-04 de fecha 15 de abril de 2004, aprobada por el Consejo Directivo del Indotel. En ese sentido, esta entidad le conmina para que en el plazo de tres (3) días calendario, contados a partir de la presente notificación, suspenda toda difusión de publicidad comercial a través de la referida frecuencia, ya que su asignación fue realizada de manera directa y sin concurso, en su

condición de Asociación sin fines de lucro, por lo que esa entidad debe acoger las disposiciones del Art. 198 del Reglamento de Concesiones, Inscripciones en Registros Especiales y Licencias para prestar Servicios de Telecomunicaciones en la República Dominicana, que reza de la manera siguiente: Las concesiones para prestar servicios públicos de difusión, cuando estén sujetas a concurso público, deberán tener programación de carácter educativo, cultural, religioso o informativo y no podrán difundir programación ni mensajes políticos y partidistas. Las entidades que obtengan este tipo de concesiones únicamente podrán realizar actividades destinadas a la obtención de fondos necesarios para sostener los gastos operacionales de la estación. En ningún caso estos fondos podrán provenir de la difusión de publicación comercial, propaganda o intercambio de publicidad”;

c) que en fecha 11 de enero de 2005, la hoy recurrida interpuso un recurso jerárquico ante el Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, en solicitud de revocación de la comunicación referida anteriormente; d) que en fecha 10 de febrero de 2005, el Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, dictó su Resolución núm. 020-05, cuyo dispositivo es el siguiente: **Primero:** Acoger como bueno y válido en cuanto a la forma, el recurso jerárquico depositado por la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., de fecha 11 de enero de 2005, contra el oficio marcado con el núm. 050003, suscrito por el Consultor Jurídico y Director Ejecutivo Interino del Indotel, en fecha 29 de diciembre del año 2004, por haber sido interpuesto en la forma y plazos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones núm. 153-98; **Segundo:** En cuanto al fondo, rechazar las conclusiones presentadas por la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., en su escrito de fecha 11 de enero de 2005, por improcedentes, mal fundadas y carentes de base legal; ratificando en todas sus partes el contenido del Oficio núm. 050003, de fecha 29 de diciembre del año 2004, suscrito por el Lic. José Alfredo Rizek V., actuando en su calidad de Consultor Jurídico y Director Ejecutivo interino del Indotel, respecto de la prohibición de difundir publicidad comercial dentro de la programación de la estación operada por esa fundación, a través de la Frecuencia 90.3 MHZ, en la ciudad de San José de Ocoa; **Tercero:** Declara que la presente resolución, es de obligado cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley General de Telecomunicaciones núm. 153-98; **Cuarto:** Ordena al Director Ejecutivo Interino, la notificación de la presente resolución a la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., mediante carta con acuse de recibo, así como su publicación en el Boletín Oficial del Indotel, y en la página informativa que mantiene esta institución en la red de Internet”; e) que no conforme con esta decisión, la Fundación Pedro Alegría Pro-Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., interpuso en fecha 22 de febrero de 2005 un recurso contencioso administrativo ante la Cámara de Cuentas en funciones de Tribunal Superior Administrativo, que dictó la sentencia ahora impugnada, cuyo dispositivo dice lo siguiente: “**Primero:** Declara regular y válido en cuanto a la forma el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., contra la Resolución núm. 020-05 de fecha 10 de febrero del año 2005, emitida

por el Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel), por haber sido interpuesta de conformidad con las disposiciones legales que regulan la materia; **Segundo:** En cuanto al fondo, acoge en todas sus partes el indicado recurso, por estar sustentado en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables al efecto; y en consecuencia, declara la nulidad de la resolución recurrida, por ser violatoria al principio de irretroactividad de la ley, dispuesto por la Constitución de la República Dominicana vigente; **Tercero:** Por disposición expresa de la ley, en materia contencioso administrativa no existe condenación en costas”;

Considerando, que en su memorial de casación el recurrente propone los siguientes medios: **Primer Medio:** Violación de los artículos 3 letra e), 8.1, 19, 24.1, 71 y 92.1 de la Ley General de Telecomunicaciones núm. 153-98, de fecha 27 de mayo de 1998; **Segundo Medio:** Violación de los artículos 8 ordinal 5 y 100 de la Constitución de la República Dominicana, proclamada el 25 de julio del año 2002; **Tercer Medio:** Errónea interpretación de los Reglamentos núms. 007-02 de fecha 24 de enero de 2002 y el 129-04 de fecha 30 de julio de 2004; **Cuarto Medio:** Errónea interpretación del artículo 47 de la Constitución de la República sobre retroactividad de la ley; **Quinto Medio:** Errónea y falsa interpretación de la Ley núm. 520 de fecha 26 de julio de 1920, modificada por la Ley núm. 122-05 de fecha 3 de mayo de 2005; **Sexto Medio:** El Tribunal a-quo no ponderó las pruebas depositadas en el expediente donde se comprueba que la frecuencia Alegría FM, en los 90.3 MHZ, otorgada a la Fundación Pedro Alegría, estaba pasando anuncios comerciales en competencia con las demás emisoras comerciales, produciéndose una violación al artículo 24.1 de la Ley núm. 153-98 y al artículo 24.1 de la Resolución núm. 129-04 de fecha 30 de julio del año 2004, que establece el Reglamento de Concesiones, Inscripciones en Registros Especiales y Licencias para prestar Servicios de Telecomunicaciones en la República Dominicana; **Séptimo Medio:** La sentencia núm. 31-05 de fecha 30 de agosto de 2005, violó el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, ya que sus motivos son insuficientes y no se analizaron las pruebas que motivaron la decisión tomada por el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel);

En cuanto a la inadmisibilidad del recurso:

Considerando, que en su memorial de defensa la recurrida solicita que sea declarado inadmisibile el presente recurso de casación por falta de derecho para actuar, traducido en una falta de calidad del Procurador General Administrativo, ya que sus atribuciones legales de representación están circunscritas por el artículo 15 de la Ley núm. 1494 ante la Cámara de Cuentas, en funciones de Tribunal Superior Administrativo, lo que no le otorga calidad para elevar recursos de casación como lo ha hecho en el caso presente; pero,

Considerando, que contrario a lo que alega la recurrida, resulta incuestionable la calidad y el derecho de actuar del Procurador General Administrativo, en representación permanente de los intereses de la Administración Pública y sus órganos en las litis ventiladas ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante la Suprema Corte de Justicia como Corte de

Casación, ya que el estudio de los artículos 15 y 60 de la Ley núm. 1494 de 1947 que instituye la jurisdicción contencioso administrativa revela, que estos textos le atribuyen al Procurador General Administrativo la atribución exclusiva de representar, como recurrente o recurrido, los intereses del Estado y sus organismos en los casos que sean incoados ante estas jurisdicciones, por lo que dicho funcionario goza del derecho e interés necesario y suficiente para interponer, como lo ha hecho en la especie, su recurso de casación en representación del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, que es una entidad estatal descentralizada; en consecuencia, se rechaza el medio de inadmisión formulado por la recurrida, por improcedente y mal fundado;

Considerando, que en el desarrollo de los medios de casación propuestos, los que se reúnen para su examen por su vinculación, el recurrente alega, en síntesis: “que el Tribunal a quo al dictar su sentencia violó las disposiciones contenidas en los artículos 3, letra e), 8.1, 19, 24.1, 71 y 92.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, ya que no tomó en cuenta que de acuerdo a estos artículos, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público, natural, escaso e inalienable, que forma parte del patrimonio del Estado, por lo que su utilización por los particulares se efectúa bajo las condiciones señaladas por la Ley General de Telecomunicaciones núm. 153-98 y sus reglamentos, con la gestión, administración y control del Indotel, como órgano regulador; que las frecuencias radioeléctricas son escasas, por lo que el artículo 24 de dicha ley, establece la obligación de concurso público para poder prestar los servicios de radiodifusión, lo que conlleva un pago al Estado Dominicano por la obtención de la frecuencia, tal como ha sido establecido por el Reglamento sobre Concesiones y Licencias para prestar servicios de telecomunicaciones, dictado por Indotel; que el señalado artículo 24 también establece, excepcionalmente, otro mecanismo para las instituciones sin fines de lucro cuando estas quieran utilizar el espectro radioeléctrico, disponiendo que no tendrán que participar en concursos públicos, sino que la concesión es por vía directa, sin el pago de derechos al Estado; que este mecanismo de excepción fue del que se benefició la hoy recurrida en su condición de institución sin fines de lucro, a fin de obtener la licencia y la concesión requeridas para utilizar el espectro radioeléctrico de forma directa, pero este régimen regulatorio prohíbe que estas instituciones difundan publicidad comercial, lo que constituye un requisito razonable, pues al estar esta categoría de solicitantes exentos del proceso de concurso público, también lo están del pago que el mismo conlleva en la comparación de ofertas financieras entre concursantes, lo que crearía una situación de competencia desleal, prohibida por la Ley General de Telecomunicaciones, con respecto a las otras estaciones concesionadas mediante el mecanismo de concurso público, ya que las que han sido autorizadas de forma directa, sin concurso, como ocurrió con la hoy recurrida, estarían en condiciones de obtener mejor colocación publicitaria, toda vez que sus costos serán menores, ya no tuvo que entrar en un proceso de ofertas financieras al Estado para obtener la concesión del servicio público de que se trata, por lo que de mantenerse vigente la sentencia objeto de este recurso y permitirle a la hoy recurrida que difunda publicidad

comercial y política por paga, se estaría perpetuando un régimen de competencia desleal, que está prohibido por los artículos 71 y 92.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, además de que se estaría estableciendo un privilegio irracional y discriminatorio, prohibido en el artículo 100 de la Constitución de la República, lo que no fue ponderado por dicho tribunal al dictar su sentencia, llegando a interpretar erróneamente las disposiciones de los Reglamentos núms. 007-02 y 129-04 sobre Concesiones, Inscripciones y Licencias; que el Indotel en su condición de órgano regulador tiene la facultad para otorgar títulos habilitantes, así como para modificarlos conforme a lo previsto por la Ley General de Telecomunicaciones y sus reglamentos, y estos títulos relativos a la concesión o habilitación para la prestación de un servicio público que es un patrimonio del Estado, pueden, válidamente, ser objeto de modificaciones en virtud de la potestad de variación, también conocida como *jus variandi* o principio de adaptabilidad o principio de mutabilidad que tiene el Poder Público en la concesión de servicios públicos, que le permite introducir mediante ley o reglamento, como sucede en el presente caso, o incluso por actos administrativos individuales, modificaciones o variaciones a los títulos habilitantes de licencia y concesión otorgados a los operadores de telecomunicaciones, y éstos están obligados a soportarlas en aras del interés general presente en dicha actividad”;

Considerando, que, sigue alegando el recurrente: “que en el derecho de las telecomunicaciones, todos los títulos habilitantes conllevan la referencia a un estatuto de la actividad habilitada, estatuto que es en sí mismo modificable, y esta modificación afecta por igual a todos los autorizados y por lo tanto, es irresistible y frente a ella no cabe invocar derechos adquiridos, al no introducir discriminación entre los operadores de este servicio, contrario a lo que establece el Tribunal a-quo; que dicho reglamento fue modificado siguiendo el procedimiento instituido por la ley, que requiere una audiencia previa cuando se van a realizar estas modificaciones, lo que permite efectuar las alegaciones de oportunidad y legalidad que los interesados consideren oportunas, tal como se hizo en la especie; por lo que la única oposición posible frente a estas modificaciones sería la de demandar la nulidad de pleno derecho de la nueva norma por infracción del ordenamiento jurídico, pero no por afectar derechos adquiridos o por la inmodificabilidad de los títulos ya emitidos; que todo lo anterior permite apreciar que la actuación del Indotel, mediante la cual le exige a la hoy recurrida, en su condición de concesionaria del servicio público de radiodifusión, abstenerse de divulgar publicidad comercial prohibida en la reglamentación de esa actividad, es jurídicamente correcta, ya que el órgano regulador se ha limitado a ejecutar el artículo 19.8 de dicho reglamento; que resulta obvio que al dictar su sentencia el Tribunal a-quo desconoció la naturaleza de la actividad de radiodifusión establecida en el artículo 18 de la Ley de Telecomunicaciones, así como el régimen jurídico a que se subordina su actuación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 64 y 70 de la misma ley, que establecen respectivamente, que la utilización y el otorgamiento de derechos de uso del espectro radioeléctrico se efectuará en las condiciones señaladas en dicha ley y su reglamentación y

que los servicios de difusión se registrarán esencialmente por esta ley y por los reglamentos que apruebe el órgano regulador; que dicho tribunal interpretó erróneamente el artículo 47 de la Constitución de la República al utilizarlo como fundamento de su sentencia, ya que en el presente caso no se ha producido una violación del principio constitucional de no retroactividad o irretroactividad como expresa dicho tribunal, puesto que el oficio dictado por el Indotel y que fuera confirmado por la resolución recurrida ante el Tribunal a-quo, conmina a la hoy recurrida para que en el plazo de tres días, a partir de su notificación, dejara de difundir publicidad comercial en la frecuencia que le había sido asignada en su condición de asociación sin fines de lucro, y en atención a la prohibición establecida por el artículo 19.8 del Reglamento de Concesiones y Licencias, lo que pone en evidencia que con esta resolución no se afecta la publicidad anterior, sino que dicha disposición le señala a la entidad operadora que en cumplimiento del mencionado reglamento, en el plazo de tres días calendarios a partir de la notificación, es decir, hacia el futuro, dejara de difundir ese tipo de publicidad; que lo que dispone dicha resolución es su cumplimiento obligatorio hacia el futuro, lo que no violenta el principio de irretroactividad al no afectar la difusión de la publicidad comercial entre el momento de la obtención del título habilitante y la emisión de dicha resolución; pero, esto no fue observado por el Tribunal a-quo y lo llevó a aplicar erróneamente el artículo 47 de la Constitución al considerar en su sentencia que la resolución recurrida tenía efecto retroactivo, cuando la misma dispuso su aplicación hacia el futuro, luego de su notificación; que el Tribunal a-quo se limitó a invocar la violación del citado texto constitucional, pero no analizó los motivos de la decisión dictada por el Indotel ni ponderó las pruebas que le fueron presentadas por este organismo, donde se demostraba que la hoy recurrida se encontraba difundiendo publicidad comercial y que su programación no se ajustaba a las disposiciones del referido artículo 19 del Reglamento de Concesiones, al estar celebrando contratos comerciales en competencia con las demás emisoras de carácter comercial, no obstante ser una asociación sin fines de lucro, aspecto no analizado ni ponderado por dicho tribunal, por lo que su sentencia carece de motivos suficientes que la justifiquen y debe ser casada por éste y por los demás medios invocados”;

Considerando, que en los motivos de la decisión impugnada se expresa lo siguiente: “que en el caso de la especie, esta jurisdicción ha podido comprobar, que lo que se discute es la modificación del derecho a colocar publicidad comercial, otorgado mediante Resolución núm. 007-02, citada precedentemente, por el Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel), a la emisora Alegría F. M., propiedad de la Fundación Pedro Alegría Pro Desarrollo de San José de Ocoa, Inc., lo que constituye la violación de un derecho de carácter administrativo, establecido con anterioridad a la disposición impugnada, en beneficio de la Fundación recurrente; violación que causa a la misma, grandes inconvenientes y perjuicios que podrían poner en peligro su subsistencia; que el estudio de la legislación aplicable al presente recurso, pone de manifiesto, que la Fundación recurrente, no ha incurrido en ningún tipo de violación a la Ley General de Telecomunicaciones, ni a

disposición reglamentaria emitida por el organismo rector de la misma; ni tampoco a la Ley núm. 520 de fecha 26 de julio del año 1920, sobre asociaciones que no tengan por objeto un beneficio pecuniario; que lo planteado por la Fundación recurrente, no es que se le permita beneficiarse económicamente con la difusión de publicidad comercial en la emisora Alegría F. M., sino que se permita al indicado medio educativo y cultural subsistir, colocando publicidad comercial a los fines de cubrir sus gastos operacionales y de inversión”;

Considerando, que también consta en dicha sentencia: “que por otra parte, constituye un principio jurídico de aceptación universal, consagrado en la Constitución de la República, el que dispone la irretroactividad de la ley, cuya finalidad ulterior es garantizar los derechos adquiridos por las partes; que en ese orden de ideas se expresa la Constitución Dominicana vigente, en su artículo 47, que desconocer lo dispuesto por el texto constitucional, amparado en una disposición legal o reglamentaria contraria al mismo, fundamentado en un poder de regulación otorgado por la Ley General de Telecomunicaciones, constituye una arbitrariedad y un exceso de poder, toda vez que se está condenando de modo indirecto a la desaparición, a una emisora de carácter cultural, ya que no podrá subsistir sin obtener recursos, por los mecanismos naturales, como es la colocación de publicidad; derecho que le fue otorgado por la Resolución núm. 007-02 de fecha 24 de enero del año 2002, vigente al momento en que le fue otorgada la correspondiente licencia para operar; que en virtud de lo expuesto precedentemente, este Tribunal Superior Administrativo, ha formado su criterio en el sentido de que procede declarar regular y válido en cuanto a la forma el presente recurso contencioso administrativo, por haber sido interpuesto de conformidad con las disposiciones legales que rigen la materia; acogerlo en cuanto al fondo por estar sustentado en disposiciones constitucionales y legales aplicables al efecto; y en consecuencia, declarar la nulidad de la resolución recurrida, por ser contraria a las disposiciones relativas al principio de la irretroactividad de la ley, contenidas en la Constitución de la República Dominicana vigente”; pero,

Considerando, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 64 de la Ley General de Telecomunicaciones núm. 153-98, el espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público, natural, escaso e inalienable que forma parte del patrimonio del Estado, por lo que su utilización y el otorgamiento de derechos de uso en provecho de los particulares se efectuará en los términos y condiciones señalados por esta ley y sus reglamentaciones; de donde se desprende que el uso de este derecho por parte de los particulares está condicionado a lo prescrito por la ley y sus reglamentos, lo que conlleva la aceptación implícita de los concesionarios a las regulaciones, condiciones y limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico que regula las telecomunicaciones y el servicio de radiodifusión, que forma parte de éstas y que al constituir un servicio público de titularidad Estatal, sólo puede ser prestado al público por los operadores debidamente habilitados por el Poder Concedente mediante el Régimen de Concesión para la prestación de un servicio público, que es un régimen de derecho público de carácter especial, que excede al derecho común, al tener

como fundamento jurídico la concesión para la prestación de un servicio que es un patrimonio del Estado, que está vinculado a su soberanía y que tiende a satisfacer necesidades de interés general; que en consecuencia, le corresponde al Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, como órgano estatal regulador, aplicar de forma exclusiva las normas para que los particulares puedan adquirir la concesión que les permita prestar el servicio de radiodifusión, pero éstos siempre deben sujetarse a las condiciones y limitaciones impuestas por el poder concedente a través de su órgano regulador, ya que al tratarse de la explotación de un bien, que por ley es un patrimonio del Estado, sólo éste tiene el poder de policía para administrar y controlar su correcto uso por las empresas concesionarias;

Considerando, que los artículos 66, 70 y 71 de la Ley General de Telecomunicaciones regulan la normativa aplicable a la prestación del servicio de difusión, expresando en síntesis “que los servicios de difusión se registrarán esencialmente por la presente ley y por los reglamentos que apruebe el órgano regulador, y que estos servicios dentro de los que se encuentra el de radiodifusión, tienen el carácter de servicios públicos que estarán siempre dirigidos al público en general y se prestarán garantizando el libre e igualitario acceso a las correspondientes concesiones otorgadas por el órgano regulador, que tiene, entre otras facultades, la de gestionar, administrar y controlar el espectro radioeléctrico, atribuir a determinados usos bandas específicas, asignar frecuencias a usuarios determinados y controlar su correcto uso”; que por otra parte, y de acuerdo a lo previsto por los artículos 19 y 20 de la misma ley, el derecho de uso del dominio público radioeléctrico, requiere de licencia otorgada por el Indotel, en su calidad de órgano regulador; que además, la prestación a terceros de los servicios públicos de telecomunicaciones, dentro de los que se encuentra el de radiodifusión, requiere de una concesión otorgada por el mismo órgano, las que se otorgarán simultáneamente; que el artículo 24 de la misma ley dispone que las concesiones y licencias para el uso del espectro radioeléctrico atribuido a servicios públicos de radiocomunicaciones, deben ser otorgadas por concurso público llamado por el órgano regulador o excepcionalmente por habilitación directa, cuando la entidad solicitante sea una institución del Estado, una institución sin fines de lucro o religiosa, debidamente autorizadas a operar como tales; que bajo esta última modalidad y en su calidad de asociación sin fines de lucro, fue que la hoy recurrida resultó beneficiaria de la habilitación administrativa correspondiente a fin de operar una frecuencia radial en el espectro radioeléctrico de la República Dominicana para prestar el servicio público de radiodifusión, quedando por tanto sujeta, en su calidad de concesionaria de un servicio público, a las obligaciones, cargas y limitaciones que el derecho de las telecomunicaciones impone a su derecho de uso, a través de las regulaciones establecidas por la ley que rige la materia y sus reglamentaciones, las que consagran en sus disposiciones el derecho de regulación y de tutela exclusiva por parte de la Administración Reguladora, mediante su función permanente de supervisión y control de cumplimiento de las condiciones establecidas en la reglamentación y en el título habilitante, o en las eventuales modificaciones que el Poder Concedente en el ejercicio de su facultad “jus

variandi”, tiene el derecho de establecer unilateralmente sobre este régimen de concesión, a fin de tutelar la prestación de este servicio, siguiendo los márgenes que la propia ley también prevé, al tratarse de la concesión administrativa para la prestación de un servicio público de interés general, donde el concesionario acepta una situación preestablecida, que viene impuesta por el ordenamiento vigente y por las posteriores reformas, que a juicio de la Administración, resulten necesarias y convenientes establecer para regular la prestación del servicio autorizado, a fin de garantizar la satisfacción del interés general, que al estar comprometido en este tipo de servicio, debe ser tutelado y resguardado por la autoridad reguladora, como ocurrió en la especie, cuando el Indotel, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 84 de la materia, dictó su Resolución núm. 129-04 que aprueba las enmiendas realizadas al “Reglamento de Concesiones, Inscripciones y Licencias para prestar servicios de Telecomunicaciones en la República Dominicana”, que es una norma de obligado cumplimiento para todas las empresas prestadoras de dichos servicios;

Considerando, que al establecer en su sentencia “que la resolución dictada por el Indotel viola derechos adquiridos con anterioridad por la hoy recurrida”, el Tribunal a-quo no observó ni analizó que el Indotel en su función de órgano regulador de las telecomunicaciones, goza de la potestad exclusiva de otorgar, bajo ciertos condicionamientos, la habilitación administrativa correspondiente para que los particulares puedan prestar el servicio de radiodifusión, como le fue otorgada a la hoy recurrida, y que también goza de la facultad a fin de garantizar la satisfacción del interés general derivado de este servicio, de modificar los reglamentos que regulan dicha habilitación, siguiendo las reglas que el propio ordenamiento disponga a esos fines, así como incorporar tales modificaciones a los títulos habilitantes previamente otorgados y válidamente atribuidos a las entidades operadoras de dicho servicio, ya que, tal como se ha establecido en otra parte de esta decisión, el ejercicio de esta potestad del “jus variandi” por parte de la Administración no le permite renunciar a sus facultades reguladoras ni verse condicionada por el mantenimiento rígido de las concesiones que vaya otorgando, siendo así que el interés general es cambiante, por lo que resulta incuestionable su derecho de introducir modificaciones al régimen de concesión para la prestación de los servicios públicos de radiodifusión en aras de la protección de este interés, como ocurrió en la especie, cuando el Indotel modificó varios artículos del Reglamento de Concesiones y Licencias y le exigió a la hoy recurrida que se ajustara a estas regulaciones, que por provenir de un régimen de concesión de un servicio público son de obligado cumplimiento para los concesionarios u operadores de dicho servicio, siempre que hayan sido válidamente adoptados, sin que los concesionarios, para sustraerse de su cumplimiento, puedan prevalerse de un derecho adquirido, como erróneamente considera el Tribunal a-quo en su sentencia, ya que el régimen jurídico que rige esta actividad no es el del derecho común o privado, sino que la misma está regulada por normas y principios de orden público en la parte del derecho Administrativo que se

denomina como “Derecho de los Servicios Públicos”, que está conformado por las normas aplicables a los servicios de titularidad estatal, que como tienden a satisfacer necesidades de interés general, están reservadas a la regulación exclusiva y obligatoria del Estado que impone las condiciones y limitaciones para su ejercicio por los particulares;

Considerando, que contrario a lo que considera el Tribunal a-quo en su sentencia, donde establece que la actuación del Indotel “constituye una arbitrariedad y un exceso de poder”, esta Suprema Corte sostiene el criterio de que esta actuación es válida, ya que, tal como ha sido analizado, se enmarca dentro de sus atribuciones como órgano regulador, que goza de la potestad legal de requerirle, como lo hizo, a la hoy recurrida, en su condición de asociación sin fines de lucro, que se abstuviera de seguir difundiendo publicidad comercial y de propaganda en la frecuencia radial que le fue autorizada, lo que venía realizando de acuerdo a las investigaciones practicadas por los inspectores del órgano regulador, y que no podía efectuar, al ser ésta una actividad que está expresamente prohibida por el artículo 19.8 del Reglamento de Concesiones y Licencias y que es una prohibición que afecta de forma general a todas las concesionarias de servicios públicos de difusión no sujetas a concurso público por tratarse de instituciones de bien social que operan como asociaciones sin fines de lucro, sin que con esta disposición se haya violado un derecho de carácter administrativo en perjuicio de la recurrida, como interpreta erróneamente el Tribunal a-quo en su sentencia, ya que al tratarse de un derecho derivado de un régimen de concesión para la prestación de un servicio público de titularidad estatal, esto conlleva a que el particular que ha obtenido dicha concesión no pueda ejercer su derecho a la libre iniciativa privada, sino simplemente, el derecho a la iniciativa privada que le ha sido concedido taxativamente por la Administración en su calidad de poder concedente, en el que goza de amplias facultades para controlar, supervisar y modular la concesión otorgada, con apego al ordenamiento jurídico vigente, lo que incluye su potestad de modificar los instrumentos legales empleados para su gestión, como ocurrió en la especie y que estas reformas o modificaciones puedan ser aplicadas de forma inmediata sobre concesiones ya otorgadas, las que en lo adelante deben sujetar sus actuaciones a estas nuevas regulaciones, sin que con ello tampoco se viole el principio de irretroactividad de la ley, como establece erróneamente el Tribunal a-quo en su sentencia, ya que el régimen jurídico de las habilitaciones administrativas le atribuye al Indotel la función permanente de supervisar y controlar el cumplimiento de las condiciones establecidas en dicho régimen, para la satisfacción de los objetivos generales del servicio de telecomunicaciones, dentro de los que se encuentra el de radiodifusión y esto supone el sometimiento pleno de la hoy recurrida, en su calidad de concesionaria a todo el ordenamiento jurídico que regula este sector, no sólo al momento en que obtuvo su autorización, sino también al posterior, producto de las reformas o modificaciones que se realicen respecto del mismo; ya que en virtud del carácter de orden público que tienen las regulaciones sobre Telecomunicaciones, estas constituyen reglas mínimas de aplicación inmediata que se imponen a todas las concesiones de estos servicios, puesto que constituyen

limitaciones legales al principio de la libertad contractual, dada la naturaleza del derecho de las telecomunicaciones que al no reconocerlo así y disponer en su sentencia la nulidad de la resolución del Indotel, con lo que privilegia a la hoy recurrida y la sustrae de forma ilegítima de la aplicación de un régimen de concesión válidamente instituido por las autoridades para el uso de un bien del dominio público y de obligado cumplimiento para las concesionarias, el Tribunal a-quo desconoció el carácter de orden público de esta regulación, así como las potestades del órgano regulador y los fundamentales principios por los que se rigen los servicios públicos de las telecomunicaciones, de acuerdo a la ley que regula la materia, que como son los de la competencia leal, eficaz y sostenible dentro del sector; así mismo que incurrió en los vicios denunciados por el recurrente en sus medios, dejando su sentencia sin base legal; por lo que procede acoger el recurso de casación de que se trata y casar la sentencia impugnada;

Considerando, que la en materia contenciosa-administrativa no ha lugar a condenación en costas, ya que así lo dispone el artículo 60 de la Ley núm. 1494 de 1947;

Considerando, que conforme a las disposiciones de la Ley núm. 13-07 del 5 de febrero de 2007, de Transición hacia el control jurisdiccional de la Actividad Administrativa del Estado, las competencias del Tribunal Superior Administrativo fueron traspasadas al Tribunal Contencioso Tributario, que a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, se denomina Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo y que actualmente se divide en dos salas, las que conocen indistintamente de todos los asuntos que las leyes ponen a su cargo.

Por tales motivos, **Primero:** Casa la sentencia dictada por la Cámara de Cuentas de la República, en sus funciones de Tribunal Superior Administrativo el 30 de agosto de 2005, cuyo dispositivo figura copiado en parte anterior del presente fallo, y envía el asunto a la Segunda Sala del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, conforme a lo previsto por el artículo 1 de la Ley núm. 13-07; **Segundo:** Declara que en esta materia no ha lugar condenación en costas.

Así ha sido hecho y juzgado por la Cámara de Tierras, Laboral, Contencioso-Administrativo y Contencioso-Tributario de la Suprema Corte de Justicia, y la sentencia pronunciada por la misma, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República, en su audiencia pública del 26 de agosto de 2009, años 166° de la Independencia y 146° de la Restauración.

Firmado: Julio Aníbal Suárez, Enilda Reyes Pérez y Víctor José Castellanos Estrella. Grimilda Acosta, Secretaria General.

La presente sentencia ha sido dada y firmada por los señores Jueces que figuran al pie, en la audiencia pública del día, mes y año en ella expresados, y fue firmada, leída y publicada por mí, Secretaria General, que certifico.

www.suprema.gov.do