
Sentencia impugnada: Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo, del 22 de noviembre de 2013.

Materia: Contencioso-Administrativo.

Recurrente: Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A. (Claro).

Abogados: Licda. Fabiola Medina Garnes y Lic. Jesús Francos Rodríguez.

Recurrido: Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel).

Abogados: Licdos. José Luis Taveras, César Moliné y Licda. Luz Marte Santana.

TERCERA SALA.

Rechaza.

Audiencia pública del 6 de diciembre de 2017.
Preside: Manuel Ramón Herrera Carbuccia.

DIOS, PATRIA Y LIBERTAD

En Nombre de la República, la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, 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 la Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A. (en adelante Claro), sociedad comercial, constituida de conformidad con las leyes dominicanas, con domicilio social en la Av. John F. Kennedy núm. 54, de esta ciudad de Santo Domingo, Distrito Nacional, debidamente representada por su Director el Lic. Robinson Peña Mieses, dominicano, mayor de edad, Cédula de Identidad y Electoral núm. 001-0735278-3, domiciliado y residente en la en esta ciudad de Santo Domingo, contra la sentencia dictada en sus atribuciones de lo contencioso administrativo por la Tercera Sala (Liquidadora) del Tribunal Superior Administrativo, el 22 de noviembre de 2013, cuyo dispositivo se copia más adelante;

Oído al alguacil de turno en la lectura del rol;

Oído el dictamen del Magistrado Procurador General de la República;

Visto el memorial de casación depositado en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia, el 7 de febrero de 2014, suscrito por los Licdos. Fabiola Medina Garnes y Jesús Francos Rodríguez, Cédulas de Identidad y Electoral núms. 001-0094970-0 y 001-1498204-4, respectivamente, abogados de la recurrente, mediante el cual proponen los medios que se indican más adelante;

Visto el memorial de defensa depositado en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 5 de marzo de 2014, suscrito por los Licdos. José Luis Taveras, Luz Marte Santana y César Moliné, Cédulas de Identidad y Electoral núms. 095-0003181-1, 056-0108772-8 y 001-1369004-4, respectivamente, abogados de la recurrida Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel);

Que en fecha 13 de septiembre de 2017, esta Tercera Sala en sus atribuciones de lo

Contencioso-Administrativo, integrada por los Jueces: Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Presidente; Robert C. Placencia Alvarez y Moisés A. Ferrer Landrón, procedieron a celebrar audiencia pública asistidos de la secretaria general, para conocer del presente recurso de casación;

Visto el auto dictado el 4 de diciembre de 2017, por el magistrado Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, por medio del cual llama, en su indicada calidad, al magistrado Edgar Hernández Mejía, Juez de esta Sala, para integrar la misma 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 y 65 de la Ley sobre Procedimiento de Casación;

Considerando, que en la sentencia impugnada y en los documentos a que se refiere constan como hechos precisos los siguientes: **a)** que en fecha 12 de mayo de 2011, el Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel) dictó la Resolución núm. 038-11, publicada el 17 de agosto de 2011, mediante la cual modificó el Reglamento General de Interconexión para las Redes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; **b)** que la empresa Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A., (Claro), al no estar conforme con esta disposición, específicamente la contenida en el literal d) del artículo 13.1 de dicho reglamento, que declara al “Backhaul” (extensión de facilidades terrestres para el tráfico internacional de voz o de internet por cables submarinos) como instalación esencial de la red o servicio público de transporte de telecomunicaciones, interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior Administrativo mediante instancia de fecha 16 de septiembre de 2011, suscrita por los Licdos. Fabiola Medina Garnes y Jesús Francos Rodriguez, en representación de dicha recurrente; **c)** que para decidir sobre este recurso resultó apoderada la Tercera Sala (Liquidadora) de dicho tribunal que en fecha 22 de noviembre de 2013, dictó la sentencia objeto del presente recurso de casación, cuyo dispositivo es el siguiente: **“Primero:** Fusiona los expedientes números 030-11-00714 y 030-11-00715, contentivos de los recursos contencioso administrativo interpuesto por las recurrentes Orange Dominicana, S. A. (Orange), Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A., (Claro) y Tricom, S. A., (Tricom), contra el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel); **Segundo:** Declara bueno y válido, en cuanto a la forma el recurso contencioso administrativo interpuesto por las recurrentes Orange Dominicana, S. A. (Orange), Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A., (Claro) y Tricom, S. A., (Tricom), en fecha 16 de septiembre de 2011, contra el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel); **Tercero:** Rechaza en cuanto al fondo el referido recurso contencioso administrativo interpuesto por las recurrentes Orange Dominicana, S. A. (Orange), Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A., (Claro) y Tricom, S. A., (Tricom), por improcedente y mal fundado, tal cual se ha especificado circunstancialmente en la parte motivacional de esta sentencia y en consecuencia confirma en todas sus partes la resolución núm. 038-11, de fecha 12 de mayo de 2011, dictada por el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel); **Cuarto:** Compensa las costas pura y simplemente entre las partes; **Quinto:** Ordena la comunicación de la presente sentencia, por secretaría, a la parte recurrente, Orange Dominicana, S. A. (Orange), Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A., (Claro) y Tricom, S. A., (Tricom), a la parte recurrida Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel) y a la Procuraduría General Administrativa; **Sexto:** Ordena que la presente sentencia sea publicada en el Boletín del Tribunal Superior Administrativo”;

Considerando, que en su memorial de casación la recurrente propone los siguientes medios contra la sentencia impugnada: **“Primero:** Falta de base legal derivada de una motivación errónea y violación a la ley por falsa interpretación y aplicación del artículo 1 de la Ley núm. 153-98; **Segundo:** Violación a la ley. Incorrecta aplicación del artículo 51 de la Constitución. Falta de motivación coherente y suficiente; **Tercero:** Violación a la ley. Incorrecta aplicación de los artículos 40.15 y 50 de la Constitución. Ausencia de motivación suficiente.

Considerando, que en el desarrollo del primer medio, la recurrente alega en síntesis lo que sigue: “Que en el caso de la especie existe una insuficiente y errada motivación que caracteriza la típica noción de falta de base legal, ya que la sentencia impugnada no justifica en sus motivaciones el asunto controvertido que ella reconoce que tiene que resolver; que el tribunal a-quo tenía una obligación primaria y fundamental, que era evaluar si las extensiones terrestres de fibras ópticas que se encuentran instaladas en suelo dominicano constituye una facilidad esencial a la luz del artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, que es la que define la figura jurídica de las

facilidades esenciales y que establece dos requisitos; que al motivar el primero de estos requisitos, que es el que establece que el backhaul sea provisto de manera predominante por una o un grupo limitado de prestadoras, dichos jueces incurrieron en el error de adoptar sin digerir, el falso argumento del Indotel, considerando que en esencia hay que juzgar como único medio de interconexión o enlace, la fibra óptica que han instalado las empresas para la prestación de sus servicios y no cualquier otra extensión terrestre (como enlaces de microondas) y que por tanto, si solo dos empresas de las siete autorizadas a prestar servicios de telecomunicaciones (y con redes desplegadas hacia clientes) concentran esta capacidad de fibra óptica, entonces el primer requisito se encontraba configurado, lo que no es cierto, ya que contrario a lo decidido por dichos jueces, es necesario señalar que si bien solo dos empresas tienen el tramo completo de Santo Domingo-Puerto Plata con redes de fibra óptica, existen otras empresas como Viva Dominicana con tramos parciales de red de fibra óptica y como Tricom, que además de tener ya desplegados segmentos de red de fibra óptica, justamente en aquellas porciones de su red que sus casos de negocio han indicado como los más rentables, ha anunciado a la prensa que se proponen incrementar esas inversiones; que esto indica que contrario a lo establecido por dichos jueces, no existe el elemento requerido por la ley de que la facilidad esencial para ser declarada como tal, debe ser provista de manera predominante por una o un grupo limitado de prestadoras, cuando se ha demostrado que hasta 4 empresas prestadoras se opusieron formalmente a esta disposición reglamentaria, lo que desmiente ese monopolio o predominancia que la sentencia recurrida le ha atribuido a Claro y a Orange, sin observar que en un ambiente de competencia, como el de las telecomunicaciones, cada empresa despliega la red de comunicación que puede costear, siempre que cumpla con los estándares técnicos establecidos por los planes técnicos fundamentales que emite el órgano regulador de las telecomunicaciones, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, donde 2 empresas han decidido invertir en la construcción de redes de transporte de fibra óptica, para que soporte los nuevos servicios con alto nivel de especialización tecnológica, mientras que las otras empresas del mercado decidieron construir redes de enlaces de microondas para proveer la transmisión de sus servicios, lo que no implica un monopolio de estas dos empresas, contrario a lo establecido por dichos jueces;

Considerando, que alega además la recurrente, que en cuanto al segundo elemento requerido para una facilidad esencial, es decir, si las extensiones terrestres de redes de fibra óptica que se encuentran instaladas en territorio dominicano pueden o no ser replicadas tanto en lo técnico como en lo económico, al respecto coincide con el tribunal a quo en que no es necesario para declarar una instalación de red como esencial, que se configuren la no factibilidad económica y técnica, sino que basta con la tipificación de uno solo de esos elementos; pero, en lo que disiente de manera absoluta, es en el yerro que comete la sentencia al realizar una incorrecta interpretación y aplicación del texto legal en cuestión, desnaturalizando totalmente los hechos que le han sido puestos en el expediente, denotando dicho tribunal una ignorancia sobre este aspecto, ya que para saber si un elemento de red que ha sido declarado esencial es sustituible y reproducible en lo técnico, la única pregunta que hay que hacerse es si pueden ser instaladas más redes de fibra óptica en adición a las que ya se encuentran instaladas, pero, dicho tribunal ha desvirtuado y hecho una interpretación incorrecta de la ley al decir que estas redes si bien tienen sustituto, los resultados que se alcanzan no son los mismos, haciendo para ello una comparación desprovista de informes técnicos que lo avalen, de comparar fibra óptica con enlaces de microondas, llegando dichos jueces a decir que ciertamente aunque ambos sistemas puedan usarse, el uno no puede hacer el trabajo del otro, lo que constituye un dislate de dicho tribunal, ya que la evaluación del aspecto técnico pasa por determinar si es posible técnicamente instalar más redes de fibras ópticas a las ya existentes y si esto es posible, no hay más que discutir y no caer en el error de dicha sentencia al considerar al backhaul como una facilidad esencial, cuando obviamente no lo es y aceptarlo así como erróneamente lo establecieron dichos jueces, es ir en contra de los postulados de la ley de telecomunicaciones, por lo que debe ser casada esta decisión;

Considerando, que al examinar la sentencia impugnada se advierte, que para decidir que el enlace de fibra óptica de alta capacidad para el tráfico internacional de voz o de internet por cables submarinos constituye una facilidad esencial en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y por vía de consecuencia, rechazar el recurso interpuesto por la hoy recurrente donde pretendía la nulidad del artículo 13.1 literal d) de la Resolución núm. 038-2011 del Indotel, el Tribunal Superior Administrativo examinó ampliamente las condiciones que al tenor de lo previsto por el indicado artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones debe reunir esta instalación para

ser declarada como esencial y por tanto para que su operación quede sujeta al marco regulatorio del Indotel en cuanto a precios para no afectar la competencia; que por tanto, al examinar las consideraciones establecidas por dicho tribunal cuando procedió a ponderar las indicadas condiciones bajo las cuales la hoy recurrente opera este sistema de comunicación se puede advertir, que dichos jueces llegaron a la conclusión de que, contrario a lo alegado por la recurrente, no existe ninguna contradicción entre lo dispuesto por la ley y el reglamento de interconexión, puesto que el "Backhaul" reúne las dos exigencias contempladas por el indicado artículo 1, así como por el artículo 13.1, letra d) del Reglamento General de Interconexión, exigencias que son: a) que la instalación sea suministrada por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y b) que su utilización para la prestación del servicio no tenga alternativas, por razones técnicas o económicas, es decir, que su sustitución con miras al suministro del servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico;

Considerando, que en consecuencia, cuando dichos jueces procedieron a ponderar el primer requisito contemplado por estas disposiciones para que exista una instalación esencial, pudieron llegar a la conclusión de que contrario a lo alegado por la recurrente, dicho elemento se materializaba en el caso de la especie, ya que dichos magistrados pudieron establecer lo que manifiestan en su sentencia de manera categórica en el sentido de que: *"Por la importancia que representa como última tecnología para el desarrollo de las telecomunicaciones el backhaul de fibra óptica de alta capacidad, es que ha sido declarado como facilidad esencial y tiene sentido que sea de esa manera porque de lo contrario se estaría fomentando la creación de un monopolio en virtud del cual solo las empresas grandes con inmensos capitales podrían tener acceso a esa conectividad, ya que con toda lógica habrá que considerar que las empresas titulares de dicha tecnología controlarían el mercado de las telecomunicaciones impidiendo el desarrollo libre de las empresa emergentes y partiendo de la información no desmeritada aportada por el órgano regulador, hoy recurrido, que solo 2 empresas titulares y una con acceso, tienen el 90% de la capacidad por la conexión a cabeceras de cables submarinos o (Landing Points), todas las demás empresas y aquellas que pudieran emerger no podrán acceder a dichas conexiones de avanzada y verían limitadas sus posibilidades de desarrollo en el área lo que a todas luces sería competencia desleal situación que procura evitar el Indotel en su reglamento";*

Considerando, que lo transcrito anteriormente revela, que al estatuir que en el presente caso se materializaba el primer requisito contemplado por la ley de la materia para que el Backhaul sea clasificado como facilidad esencial, el Tribunal Superior Administrativo no dictó una decisión falsa ni errónea ni mucho menos mal interpretó las disposiciones del indicado artículo 1 de la ley general de telecomunicaciones, como pretende la hoy recurrente, ya que según lo expresado en dicha sentencia dichos jueces tras valorar ampliamente los elementos de la causa pudieron establecer que bajo las condiciones en que es operado este sistema de conectividad para el tráfico internacional de voz y de internet por cables submarinos, se está realmente afectando la libre competencia, que es crucial en esta materia, y para llegar a esta conclusión, dichos jueces se fundamentaron en que del universo de prestadoras del servicio de telecomunicaciones autorizadas a operar en el país, solo dos de ellas, dentro de las que se encuentra la hoy recurrente, concentran esta alta capacidad de enlaces de fibra óptica para el tráfico internacional de voz o de internet, lo que evidentemente indica que esta facilidad es detentada de manera preponderante por un reducido número de proveedores, tal como lo exige el primer elemento examinado por dichos jueces, lo que ha sido prácticamente reconocido por la propia recurrente cuando alega en su primer medio: *"Que cada empresa despliega la red de comunicación que puede costear, siempre que cumpla con los estándares técnicos establecidos por los planes técnicos fundamentales que emite el órgano regulador de las telecomunicaciones, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, donde 2 empresas han decidido invertir en la construcción de redes de transporte de fibra óptica, para que soporte los nuevos servicios con alto nivel de especialización tecnológica...";* que por tanto, esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia reitera el criterio manifestado en sentencias anteriores en el sentido de que, al apreciar la existencia de este primer elemento, los jueces del tribunal a-quo decidieron de manera razonable y fundamentados en buen derecho, por resultar evidente que el backhaul de fibra óptica de alta capacidad no es detentado por todas las prestadoras en condiciones de igualdad, sino por un número limitado de éstas, lo que indica que bajo estas condiciones de prácticas concertadas por unas cuantas prestadoras que ejercen un poder de control sobre el mercado en virtud del dominio de dichas facilidades, no se encuentra garantizada la existencia de una competencia sostenible, leal y

efectiva entre todas las prestadores del servicio público de telecomunicaciones, donde no tienen cabida las prácticas que actual o potencialmente puedan distorsionar o restringir la competencia, lo que en definitiva también pondría en peligro otros principios regulatorios de esta materia de las telecomunicaciones, como son los de universalidad, generalidad, igualdad y no discriminación, viéndose con esto también afectados los usuarios y por vía de consecuencia, el interés general, que al entender de esta Corte de Casación fue debidamente tutelado por esta sentencia, lo que permite validar su decisión, por lo que se descarta este alegato de la recurrente;

Considerando, que en cuanto a lo alegado por la recurrente en la segunda parte de este medio en el sentido de que al decidir que en la especie se configuraba el segundo elemento previsto por el indicado artículo 1, el tribunal a-quo ha hecho una interpretación incorrecta de la ley al decir que estas redes si bien tienen sustituto, los resultados que se alcanzan no son los mismos y que por tanto son de difícil reproducción; luego de examinar la sentencia impugnada se puede advertir, que esto no fue lo que manifestó dicho tribunal, sino que para llegar a la conclusión de que el segundo requisito para que exista una instalación esencial también se encontraba presente en el caso del Backhaul, por evidenciarse la imposibilidad de duplicación de esta instalación en lo económico o en lo técnico, dichos jueces llegaron a esta convicción tras ponderar todos los elementos de la causa, lo que permitió que decidieran que: *“Está claro que el acceso al backhaul de fibra óptica es usado por prestadoras que contratan dicha conexión con aquellas que si tienen dicha conectividad, y según indica el recurrido tener que arrendar esta facilidad por carecer de ella le da al dueño del backhaul de fibra óptica, cierta ventaja competitiva frente a los demás. El órgano regulador, hoy recurrido, haciendo estudio de mercado determinó que Codetel posee casi la totalidad de “Landing Points”, y que esta ofrece sus servicios a precios no competitivos; y siendo esto un marco fáctico no desarticulado por las recurrentes más que en argumentaciones, muestra otra vez el predominio existente respecto del backhaul de fibra óptica. Sobre el aspecto técnico cabe entonces preguntarse si es posible sustituir el backhaul de fibra óptica para el tráfico internacional de data, pues claro que si, sin embargo, los resultados en el tránsito de la información no sería lo mismo, como indica el recurrido el sistema de microondas puede ser el sustituto técnico y es más barato, pero no da los mismos resultados, además de presentar múltiples inconvenientes tales como el clima para usar espectro radioeléctrico a diferencia del backhaul de fibra óptica el cual trabaja de forma soterrada; ciertamente, aunque ambos sistemas puedan usarse, el uno no hace el trabajo del otro, el sistema backhaul de fibra óptica no solo es más moderno en ciencia sino que brinda mas operatividad y por ende mucha más rentabilidad y desde ese punto de vista nunca podría considerarse como un sustituto el sistema de microondas del de fibra óptica de alta capacidad. Obviamente que el aspecto técnico como requisito para la declaratoria de conexión o facilidad esencial está presente y por ello no es posible considerar que se deniega la precisión legal antes citada que prevé la no factibilidad en lo económico o en lo técnico para que pueda considerarse susceptible de ser considerado como facilidad esencial”;*

Considerando, que las motivaciones anteriormente transcritas revelan, que al considerar que en la especie se encontraba configurada la segunda exigencia del concepto normativo de instalación esencial, como lo es que su utilización para la prestación de servicios no debe tener alternativas por razones técnicas o económicas, dichos jueces decidieron adecuadamente contrario a lo alegado por la recurrente, puesto que al examinar los elementos de la causa pudieron determinar de forma incuestionable que el backhaul constituye una facilidad de difícil y antieconómica duplicación o replicación, tanto en lo económico como en lo técnico; en lo económico porque la inversión necesaria en desplegar un nuevo backhaul de capacidad similar a los existentes puede representar un alto costo para las prestadoras que no lo tienen, por lo que les resulta más factible desde el punto de vista económico rentar esta conectividad tecnológica en las redes existentes, pero a precios competitivos, para no encarecer uno de los componentes esenciales que integran su cadena de comercialización; y en lo técnico, porque tal como fue decidido por dichos jueces, al comparar este sistema con el de microondas, que utilizan otras prestadoras, *“ los resultados en el tránsito de la información no sería lo mismo, el sistema de microondas puede ser el sustituto técnico y es más barato, pero no da los mismos resultados, además de presentar múltiples inconvenientes tales como el clima para usar espectro radioeléctrico a diferencia del backhaul de fibra óptica el cual trabaja de forma soterrada; ciertamente, aunque ambos sistemas puedan usarse, el uno no hace el trabajo del otro, el sistema backhaul de fibra óptica no solo es más moderno en ciencia sino que brinda mas operatividad y por ende mucha más rentabilidad y desde ese punto de vista nunca podría considerarse como un sustituto el sistema de*

microondas del de fibra óptica de alta capacidad”; comparación que esta Tercera Sala entiende que resulta válida y objetiva, contrario a lo argumentado por la recurrente, ya que para establecer la imposibilidad de duplicar al backhaul desde el punto de vista técnico por los servicios de alta tecnología que ofrece, es lógico compararlo con otros sistemas de conectividad existentes, como lo hicieron dichos jueces, lo que permitió que llegaran a la conclusión de que las redes de Backhaul son superiores técnicamente a otros sistemas de redes y que por tanto con miras a la prestación del servicio de telecomunicaciones el Backhaul es de difícil sustitución o duplicación en lo económico o en lo técnico, lo que justifica que sea declarado como instalación o facilidad esencial, por encontrarse configuradas las condiciones previstas por el artículo 1 de la ley de telecomunicaciones y el reglamento de interconexión, tal como fue considerado por dichos jueces, que al establecerlo así estructuraron su sentencia con razones convincentes que la respaldan, sin incurrir en los vicios denunciados por la recurrente en este medio, por lo que procede rechazarlo;

Considerando, que en el segundo medio la recurrente alega, que en esta sentencia el tribunal a-quo incurrió en una falsa interpretación del artículo 51 de la Constitución que establece el derecho de propiedad como garantía fundamental de las personas; que para rechazar su alegato sobre violación al derecho de propiedad dicho tribunal estableció que este derecho no es absoluto, sino que cede ante el interés general y que la declaratoria de facilidad esencial en ninguna forma expropia a la recurrente de sus activos relacionados al backhaul, ni mucho menos la constriñe a desprenderse de estos activos en favor de otras prestadoras de servicios de telecomunicaciones; que si bien es cierto que tal como alega dicho tribunal el derecho de propiedad no es absoluto, como no lo es ninguna de las garantías fundamentales de la Carta Magna, dicho texto constitucional indica que los derechos fundamentales pueden ser regulados por ley, pero, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad (Art. 74.2); que como bien afirma dicho tribunal, el derecho de propiedad puede ceder ante el interés general, pero en lo que no repara dicho tribunal es que en su sentencia, al ratificar el reglamento de interconexión, lejos de procurar satisfacer el interés general lo está perjudicando, al promover un estancamiento de las redes de transmisión, de la tecnología de alta capacidad que vaya surgiendo en el mercado, que será una tecnología que el mercado ignorará, pues no existe incentivo para el desarrollo de nuevas tecnologías; lo que indica que en esta sentencia no se está protegiendo el interés general, sino el interés muy particular de tres conocidas pequeñas operadoras cuya precaria existencia solo se sostiene gracias al manto espurio que le brinda este tipo de regulación, que para colmo cuenta con la anuencia de sentencias como la dictada por el tribunal a-quo; que ciertamente no siempre las facilidades esenciales serán de naturaleza expropiatoria, pero nadie puede negar que aun en los casos en que no lo sea, se encuentra en la frontera de serlo, y que el paso para cruzar esa frontera, y caer en la transgresión de este derecho fundamental, se da cada vez que la facilidad esencial, resulta irracional o cuando no se reúnen los requisitos establecidos por la doctrina de las facilidades esenciales, justo lo que ocurre en el caso de la especie;

Considerando, que al examinar la sentencia impugnada se advierte, que para decidir que la declaratoria del Backhaul como facilidad esencial no atenta el derecho de propiedad de la hoy recurrente ni mucho menos constituye una expropiación de sus activos relacionados con estas redes, como ésta alega, el Tribunal Superior Administrativo se fundamentó en el razonamiento siguiente: *“No debemos olvidar que este derecho no es absoluto; conforme al propio texto constitucional este derecho cede ante el interés general, el referido texto (Artículo 51 de la Constitución) en su numeral 2 deja clara la función del Estado para promover de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad; en el sentido anterior la Ley 153-98 sobre Telecomunicaciones en su parte motivacional establece el pilar de que el Estado tiene el deber de fomentar el desarrollo de las telecomunicaciones para contribuir a la expansión de dicho sector, y hace suya la doctrina antes explicada de la facilidad esencial al declarar que el Estado garantizará los servicios de las telecomunicaciones conforme a los principios del servicio universal auspiciados por organismos internacionales. No cabe la posibilidad de considerar, como aluden los recurrentes que el referido Reglamento, en la parte analizada, prive de los activos a las recurrentes, ya que la declaratoria de facilidad esencial en ninguna forma expropia a las recurrentes de sus activos relacionados al backhaul, ni mucho menos las constriñe a desprenderse de esos activos a favor de otras prestadoras de servicios de telecomunicaciones, y la obligación de tener que permitir el acceso de conexión a las demás empresas del ramo. Se hace con estricto apego al grado de excepcionalidad que se establece para que la doctrina de la facilidad esencial sea aplicada como mecanismo del Estado para lograr un máximo de desarrollo de las telecomunicaciones en el país*

mediante el fomento de la libre y leal competitividad de las empresas que se dedican a esta actividad; esto es la libre convencionalidad entre las titulares del backhaul y aquellas que ameriten de dicha conexión para poder entrar al mercado de las telecomunicaciones; de manera pues que ni la ley, ni el Reglamento, en lo atinente al marco de discusión son contrarios a la Constitución de la Republica respecto al derecho de propiedad”;

Considerando, que las razones expuestas anteriormente expresan con claridad meridiana, que al decidir que la declaratoria del Backhaul como facilidad esencial no atenta el derecho de propiedad sobre estas redes de que es titular la hoy recurrente, dichos jueces fallaron adecuadamente, ya que la configuración de todo derecho aun sea de rango constitucional, en el Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho, no es absoluta, tal como fue establecido por dichos jueces y así lo reconoce la propia recurrente; que en ese sentido, al ser el Backhaul una propiedad que es explotada en el marco del derecho de las Telecomunicaciones y por ser esta una actividad que está regulada por el Estado, dado que la comunicación es un servicio público esencial para el desarrollo de los pueblos, y por ende, de interés colectivo, resulta imperioso examinar si la regulación por parte del órgano regulador, para la explotación de esta infraestructura de alta capacidad en el sistema de comunicaciones, atenta o no contra el derecho de propiedad, como pretende la recurrente en el medio que se examina;

Considerando, que para determinar la procedencia o no del medio invocado por la parte recurrente, es preciso aclarar que el sistema de backhaul es uno de los elementos básicos como instalación esencial para el uso eficiente de las redes de comunicaciones en el tráfico internacional de llamadas de voz o de internet, y por tanto, necesario para la prestación de servicios de telecomunicaciones en condiciones de universalidad, accesibilidad, eficiencia, calidad, razonabilidad, equidad e igualdad, que son parte de los principios orientadores que de acuerdo al artículo 147 de la Constitución deben sostener la prestación de los servicios públicos por parte del Estado o por los particulares que han obtenido la concesión estatal para ello, dentro de los que obviamente se encuentra el servicio de las Telecomunicaciones; y es por esta razón que esta Tercera Sala entiende que por ser el backhaul un instrumento eficaz que se utiliza en el mercado de la telecomunicación, el hecho de que la explotación por parte de la propietaria de esta red de comunicación, como lo es la hoy recurrente, deba ser ajustada a los cánones que establezca el órgano regulador de las telecomunicaciones, con ello no se desvirtúa el contenido esencial del derecho de propiedad de la hoy recurrente, como erróneamente ésta entiende, ya que al no ser éste un derecho absoluto y estar en este caso en conflicto con otros principios sustanciales que el Estado también debe resguardar y garantizar en ocasión de la prestación del servicio de telecomunicaciones, y que tiene ribetes de derechos fundamentales y sociales para que el mismo llegue en condiciones asequibles en todo el país y para todos los grupos sociales, resulta fundamentado en buen derecho que tras ponderar este conflicto entre derechos fundamentales, los jueces del tribunal a-quo hayan decidido que el derecho de propiedad sobre estas redes de la hoy recurrente, deba de armonizarse a fin de que esté acorde con la concreción de los fines e intereses superiores que deben ser protegidos y garantizados por el Estado en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, como lo es la prestación de un servicio asequible para todo el país y todos los grupos sociales, que responda a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, igualdad, razonabilidad, equidad tarifaria, entre otros, que fueron anteriormente señalados, lo que en definitiva promueve la protección del interés colectivo o interés general, que sin duda fueron los fines protegidos por el Órgano Regulador, al delimitar el contenido normal del derecho de propiedad de la recurrente sobre estas redes, calificando dicha infraestructura como instalación esencial, sin que por ello la actuación de dicho órgano pueda ser considerada como una medida que formal ni materialmente resulte expropiatoria ni violatoria de dicho derecho de propiedad, sino como una medida que respeta este derecho y lo armoniza a fin de que resulte adecuado para la concreción de los fines públicos que persigue la prestación del servicio de telecomunicaciones, tal como fue decidido por dichos jueces, estableciendo motivos suficientes que respaldan su decisión y por tales razones, se rechaza el segundo medio por ser improcedente y mal fundado;

Considerando, que por último, en el tercer medio la recurrente alega, que el tribunal a-quo al rechazar su alegato de inconstitucionalidad por violación al principio de razonabilidad por ella invocado, hizo un razonamiento desvirtuado de dicho principio, pretendiendo hacer un test de razonabilidad con lo que simplemente ha dejado en evidencia el desconocimiento de la litis que tenía en sus manos, ignorando dichos jueces que la disposición

reglamentaria por ellos ratificada en lugar de procurar una competencia libre y justa como dice dicho tribunal, lo que hace es atentar contra ella, vulnerando la razonabilidad de la norma, ya que cada vez que se declara como facilidad esencial algo que no lo constituye, se crea una norma ineficiente, inútil e injusta para los que realmente están en el deseo de competir en el mercado, lo que no fue valorado por dichos jueces conduciendo a que su sentencia no contenga una correcta aplicación del derecho, por lo que debe ser casada;

Considerando, que en cuanto a lo alegado por la recurrente de que el tribunal a-quo al rechazar su alegato de que las disposiciones de la Resolución núm. 038-11 violaban el principio de razonabilidad y de que hizo un razonamiento desvirtuado de dicho principio utilizando indebidamente el llamado test de razonabilidad, al examinar la sentencia impugnada se advierte que dicho tribunal entendió pertinente aplicar el test de razonabilidad, que es un instrumento de ponderación eficaz y aceptado en el derecho comparado, por lo que entendió que era el método procedente para poder determinar si real y efectivamente las disposiciones de dicha resolución violentaban el principio de razonabilidad; que tras aplicar los tres criterios de dicho test el tribunal superior administrativo llegó a las conclusiones siguientes: “Que aplicando el primer criterio de ese test de razonabilidad, esto es, el análisis del fin buscado por la medida, se puede inferir que la disposición contenida en el artículo 13.1 letra d) de la resolución núm. 038-11 tiene por objeto garantizar la existencia de una competencia sostenible, leal y efectiva de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. De ahí que su intervención es esencial ante una situación discriminatoria para algunos competidores en el mercado y para usuarios finales. Con el reglamento general de interconexión las recurrentes se ven obligadas a permitir el acceso de la competencia a dichas facilidades de toda prestadora que lo necesite”; que en cuanto al segundo criterio del referido test, que es el análisis del medio, decidieron dichos jueces: “que debemos precisar que el legislador en el artículo 60 de la Ley General de las Telecomunicaciones núm. 153-98, ha conferido al Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), la potestad de dictar “Reglamento de Interconexión”, conteniendo las normas técnicas, las pautas económicas y las reglas de procedimiento a que deban sujetarse los convenios de interconexión y la intervención del mismo órgano regulador, ajustado a los artículos 92 y 93 de la referida ley”; “que en lo relativo al tercer elemento del test (análisis de la relación medio-fin), debemos precisar, que si bien el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel) tiene la potestad de dictar Reglamento de Interconexión en el sector de las telecomunicaciones, no menos cierto es que tal potestad debe ser ejercida observando el principio de razonabilidad”;

Considerando, que el razonamiento anterior indica que contrario a lo alegado por la parte recurrente, el Tribunal Superior Administrativo hizo un adecuado ejercicio de ponderación, lo que permite llegar a la conclusión de que la resolución 038-11 dictada por el Indotel, resulta adecuada y no afecta el contenido esencial del derecho de propiedad de la hoy recurrente en cuanto a la infraestructura de las redes de backhaul de que es titular, ya que esta Tercera Sala entiende que lo que se ha tomado en consideración es que dicha recurrente en su condición de propietaria de dicho sistema de redes no solo cobra a las demás prestadoras del servicio de telecomunicaciones por la interconexión, sino que a la vez opera como prestadora del servicio en el mercado de manera directa con los consumidores finales, lo que indica que la señalada resolución no ha expropiado dicha propiedad, sino que lo que ha justificado que como se trata de una actividad regulada, y que como el backhaul constituye una instalación esencial para ofrecer un servicio de calidad en provecho de los consumidores finales, para garantizar la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones, resulta más que justificada la regulación de la tarifa del alquiler; lo que es adecuado y razonable, ya que aun así se le permite a la hoy recurrente como propietaria obtener beneficios, aunque moderados, en los alquileres por la interconexión de las demás prestadoras, además de ofrecer servicios directos a los usuarios;

Considerando, que por tales razones, y tal como fue decidido por dichos jueces, esta Tercera Sala en funciones de Corte de Casación entiende que la resolución dictada por el Indotel resulta adecuada y necesaria, lo que se traduce en razonable para intervenir y regular la explotación del sistema del backhaul cuya infraestructura en parte es propiedad de la hoy recurrente como concesionaria del servicio público de las telecomunicaciones, pero que debe ser objeto de esta regulación, ya que de no ser así, las demás prestadoras no podrían participar en el mercado en igualdad de condiciones, tal como fue decidido por dichos jueces, lo que

permite validar su decisión; por lo que procede rechazar el medio examinado, así como el presente recurso por improcedente y mal fundado;

Considerando, que de acuerdo a lo previsto por el artículo 60 de la Ley núm. 1494 de 1947, en su párrafo V), en el recurso de casación en esta materia no hay condenación en costas;

Por tales motivos, **Primero:** Rechaza el recurso de casación interpuesto por Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A., (Claro), contra la sentencia dictada en sus atribuciones de lo contencioso administrativo, por la Tercera Sala (Liquidadora) del Tribunal Superior Administrativo, el 22 de noviembre de 2013, cuyo dispositivo figura copiado en parte anterior del presente fallo; **Segundo:** Declara que en esta materia no hay condenación en costas.

Así ha sido hecho y juzgado por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, 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 Dominicana, en su audiencia pública del 6 de diciembre de 2017, años 174° de la Independencia y 155° de la Restauración.

Firmado: Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Edgar Hernández Mejía, Robert C. Placencia Álvarez y Moisés A. Ferrer Landrón. Cristiana A. Rosario V., Secretaria General.

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