

### **SENTENCIA DEL 15 DE AGOSTO DE 2012, NÚM. 48**

Sentencia impugnada: Presidente de la Segunda Sala del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, hoy Tribunal Superior Administrativo, como juez cautelar, del 6 de octubre de 2008.

Materia: Contencioso-administrativo.

Recurrentes: Consorcio Energético Punta Cana-Macao, S. A. y Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A., (EDE-Este).

Abogados: Licdos. Marcos Aquino, Luis Julio Jiménez, Marcos Peña Rodríguez, Fabiola Medina Garnes, Galisia Tapia, Manuel Fermín Cabral, Jesús Franco Rodríguez, Amaury Pereyra Disla, Andrés Polanco y Dr. Luis E. Ramírez Feliciano.

Recurrida: Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (EDE-Este).

Abogados: Licdos. Luis Julio Jiménez, Andrés Polanco, Marcos Peña Rodríguez, Manuel Fermín Cabral, Jesús Franco Rodríguez, Fabiola Medina Garnes, Galina Tapia y Dr. Luis E. Ramírez Feliciano.

Interviniente: Comisión nacional de energía.

Abogado: Dr. César A. Jazmín Rosario.

#### **TERCERA SALA**

*Casa / Rechaza*

Audiencia pública del 15 de agosto de 2012.

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 los recursos de casación interpuestos, el principal por Consorcio Energético Punta Cana-Macao, S. A., sociedad comercial organizada y existente de conformidad con las leyes de la República Dominicana, con su domicilio y asiento social en la Torre Acrópolis, decimo noveno piso, ubicada en la Avenida Winston Churchill núm. 1099, de esta ciudad, debidamente representada por su Presidente, Rolando González Bunster, ciudadano argentino portador del pasaporte argentino núm. 0148683, domiciliado y residente en los Estados Unidos de Norteamérica y el incidental por Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A., (EDE ESTE), sociedad comercial organizada conforme a las leyes de la República Dominicana, con su domicilio y asiento social en la intersección formada por la Avenida Sabana Larga y la calle San Lorenzo, del Sector de Los Mina, Municipio Santo Domingo Este, Provincia Santo Domingo, debidamente representada por su administrador general, Leonardo Mariñas Fernández, venezolano, portador de la Cédula de Identidad Personal núm. 001-1795078-2, domiciliado y residente en esta ciudad, contra la sentencia dictada en sus atribuciones de Juez Cautelar, por la Presidente de la Segunda Sala del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, hoy Tribunal Superior Administrativo, el 6 de octubre de 2008, cuyo dispositivo se copia más adelante;

Oído al alguacil de turno en la lectura del rol;

Oído en la lectura de sus conclusiones a los Licdos. Marcos Aquino, Amaury Pereyra Disla, abogados de la recurrente principal Consorcio Energético Punta Cana Macao, S. A.;

Oído en la lectura de sus conclusiones al Lic. Andrés Polanco y el Dr. Luis E. Ramírez Feliciano, Procurador General Administrativo Adjunto, abogados de la recurrida y recurrente incidental Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (Ede-Este);

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 1 de diciembre de 2008, suscrito por los Licdos. Luis Miguel Pereyra, Andrés E. Bobadilla, Fernando P. Henríquez, Amauris Vásquez Disla y Marcos Ortega, abogados de la recurrente, mediante el cual se proponen los medios de casación que se indican más adelante;

Visto el memorial de defensa y recurso de casación incidental parcial depositado en la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 19 de diciembre de 2008, suscrito por la Licdos. Luis Julio Jiménez, Marcos Peña Rodríguez, Fabiola Medina Garnes, Galina Tapia, Manuel Fermín Cabral y Jesús Francos Rodríguez, portadores de las Cédulas de Identidad y Electoral núms. 001-1264041-2, 001-0167246-7, 001-0094970-0, 001-1411671-8, 001-136993-8 y 001-1498204-4, respectivamente, quienes actúan a nombre y representación de la recurrida y recurrente incidental, Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (Ede-Este);

Visto el memorial de defensa depositado en la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia en fecha 22 de diciembre de 2008, suscrito por el Dr. Cesar A. Jazmín Rosario, Procurador General Administrativo, Cédula de Identidad y Electoral núm. 001-0144533-6, quien actúa a nombre y representación de la interviniente voluntaria, Comisión Nacional de Energía, entidad estatal de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio regulada por la Ley General de Electricidad núm. 125-01 del 26 de julio de 2001, en el que da aquiescencia al recurso de casación principal interpuesto por la recurrente Consorcio Energético Punta Cana Macao;

Que en fecha 21 de marzo de 2012, esta Tercera Sala en sus atribuciones de lo Contencioso Administrativo integrada por los Jueces: Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Presidente; Sara I. Henríquez Marín, Robert C. Placencia Alvarez y Edgar Hernández Mejía, procedió a celebrar audiencia pública para conocer del presente recurso de casación;

Vista la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 5 de enero del 2012, que acoge la inhibición presentada por la magistrada Sara I. Henríquez Marín, Juez de esta Sala, la cual contiene el dispositivo siguiente: “Unico: Acoge la inhibición propuesta por la magistrada Sara I. Henríquez Marín, Juez de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, para integrar la misma en el caso de que se trata”;

Visto el auto dictado el 14 de agosto de 2012, 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 Francisco Antonio Ortega Polanco, 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, 20 y 65 de la Ley sobre Procedimiento de Casación;

Considerando, que en la sentencia impugnada y en los documentos a que ella se refiere consta lo siguiente: a) que en fecha 4 de agosto de 2008 la Empresa Distribuidora de Electricidad del Este (Ede-Este) introdujo ante el Tribunal a-quo una solicitud de medidas cautelares contra el Consorcio Energético Punta Cana-Macao y la Comisión Nacional de Energía, en cuyas conclusiones solicitaba lo siguiente: “**Primero:** Que tengáis a bien declarar bueno y válido en cuanto a la forma, la presente instancia contentiva de solicitud de adopción de medidas cautelares por haber sido interpuesta de conformidad con la ley; **Segundo:** Que en cuanto al fondo, este Honorable Tribunal tenga a bien

ordenar lo siguiente: a) la suspensión de los efectos jurídicos del artículo 3, literal d) del contrato de concesión definitiva otorgado a CEPM, de fecha 28 de junio del año 2007, específicamente en lo que respecta a la expresión “y los hoteles de la zona de la provincia La Altagracia”; b) la cesación de las actuaciones ilegales perpetradas por CEPM, especialmente de las obras de explotación eléctrica en la localidad de Uvero Alto y en otras zonas o localidades ubicadas fuera del ámbito de concesión del polo turístico Punta Cana-Macao”; b) que sobre esta solicitud fue dictada por el tribunal a-quo la sentencia ahora impugnada, cuyo dispositivo dice lo siguiente: “**Primero:** Declara buena y válida la intervención voluntaria de la Comisión Nacional de Energía (CNE); **Segundo:** Declara, buena y válida en cuanto a la forma la solicitud de Medidas Cautelares interpuesta por la Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (Ede-Este), en fecha 4 de agosto del año 2008; **Tercero:** Acoge en parte la solicitud de medidas cautelares interpuesta por la Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (Ede-Este), contra el contrato de concesión definitiva otorgado al consorcio Energético Punta Cana-Macao, y ordena al Consorcio Energético Punta Cana-Macao el cese provisional de construcciones de obras eléctricas en la zona de Uvero Alto, hasta tanto se decida sobre el fondo del asunto, en consecuencia rechaza en sus demás partes la presente solicitud por improcedente y mal fundada; **Cuarto:** Ordena, la ejecución provisional y sobre minuta de la presente sentencia; **Quinto:** Ordena, la comunicación de la presente sentencia por Secretaría a la Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (Ede-Este), al Consorcio Energético Punta Cana-Macao, S. A. (CEPM), a la Comisión Nacional de Energía y al Magistrado Procurador General Tributario y Administrativo; **Sexto:** Ordena que la presente sentencia sea publicada en el Boletín del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo”;

#### **Sobre el recurso principal:**

Considerando, que en su memorial de casación la empresa recurrente principal invoca los siguientes medios en contra de la sentencia impugnada: **Primer Medio:** Omisión de estatuir y falta de motivos; **Segundo Medio:** Violación al principio de cosa juzgada; contradicción de motivos esgrimidos en decisiones anteriores; y contradicción de motivos contenidos en la sentencia impugnada; **Tercer Medio:** Violación a la ley. Errónea interpretación y aplicación del artículo 7 de la Ley núm. 13-07;

Considerando, que en el desarrollo de los tres medios propuestos los que se examinan reunidos por su vinculación la recurrente alega en síntesis lo que sigue: “que la sentencia impugnada incurrió en los vicios de omisión de estatuir y falta de motivos, ya que para rechazar su medio de inadmisión que fuera planteado en el sentido de que la segunda solicitud de medidas cautelares debía ser desestimada sin previo examen de fondo, por tratarse de una cuestión previamente juzgada y decidida por dicho tribunal y porque en la segunda solicitud no se acreditaba la ocurrencia de circunstancias nuevas y determinantes o el cambio sustancial de las circunstancias ya evaluadas, dicho tribunal para responder dicho planteamiento y rechazarlo esgrimió razones que distan diametralmente de lo petitionado, con lo que evidentemente no le dio respuesta a sus conclusiones formales en el sentido en que estas fueron propuestas y se apartó total y absolutamente de lo que le fuera planteado, conclusiones estas que de haber sido ponderadas en el sentido y alcance propuestos hubiese variado la suerte del litigio, al punto de que la acción incoada por Ede-Este se hubiera declarado irrecibible sin previo examen de fondo, con lo que existe una evidente omisión de estatuir; que además de pasar por alto un pedimento que formalmente le fue solicitado, la juez a-quo decidió ordenar una de las medidas cautelares que le fuera solicitada por la entonces accionante, arribando a dicha decisión sin dar motivación alguna de porqué obró de esa manera, ya que si se examinan las motivaciones de fondo establecidas por dicha juez, se puede advertir que de manera breve y superficial y para decidir una cuestión tan seria como la de suspender la ejecución de obras eléctricas en desmedro de los derechos adquiridos por la recurrente y de los usuarios del servicio de la zona, dicha magistrada se limitó a señalar la pobre consideración

establecida en la página 41, parte in fine y 42 de su sentencia, no obstante a que en las páginas 38 y 39 transcribe literalmente los párrafos del artículo 7 de la Ley núm. 13-07 que describen las circunstancias en que pueden ordenarse medidas cautelares y pueden revisarse y/o modificarse las decisiones previamente rendidas sobre esta misma temática, lo que indica que la Juez a-quo tenía conocimiento de causa de lo que debía determinar para ordenar o no las medidas que le fueron solicitadas y sin embargo, en los motivos de su sentencia no analiza las circunstancias específicas del caso sometido a su consideración ni explica a las partes porqué se caracterizaron o no en el caso ocuriente dichas condiciones; que para que esta decisión cumpliera con el mínimo de condiciones que la harían legítima, se hacía necesario que dicha juzgadora explicara y motivara las siguientes interrogantes: ¿Cuáles situaciones podían impedir la tutela de los eventuales derechos que pudiesen reconocerse a Ede-Este en la sentencia de fondo?; ¿Por qué, sin prejuzgar el fondo, las pretensiones de Ede-Este le parecieron fundadas? Y finalmente ¿Por qué a su entender no se perturbaría gravemente el interés público o el de terceros?; pero, si se examina dicha sentencia en ninguna de sus partes podrá encontrarse respuesta a ninguna de esas interrogantes, por la sencilla razón de que de lo que adolece precisamente dicha decisión es de falta de motivos, al no establecer las razones fácticas o jurídicas que motivaron a este tribunal para tomar su decisión de suspender la ejecución de obras en el marco de la concesión que fuera legítimamente otorgada a favor de la recurrente y son precisamente los motivos los que legitiman las decisiones de los juzgadores y los que marcan la diferencia entre la arbitrariedad y la sana y racional administración de justicia y es por esta razón que la falta de motivos es un vicio que se basta a sí mismo para justificar la revocación de una sentencia como la dictada en la especie, al no poderse apreciar cómo se llegó lógica y racionalmente a esta decisión”;

Considerando, que sigue explicando la recurrente: “que la sentencia impugnada también incurrió en la violación del principio de cosa juzgada, en la contradicción de motivos esgrimidos en decisiones anteriores, así como existe contradicción entre los motivos contenidos en dicha sentencia, ya que si bien el artículo 7, párrafo II de la Ley núm. 13-07 permite que una decisión sobre medidas cautelares sea susceptible de ser revisada y/o modificada en la medida en que la nueva solicitud que se someta cumpla cabalmente con las disposiciones previstas en dicha normativa, del análisis de la misma se colige que para que la Juez a-quo pudiera siquiera ponderar la segunda solicitud impetrada por Ede-Este era necesario determinar si existían nuevas circunstancias, si habían cambiado las circunstancias en relación con la solicitud anterior y se podía demostrar que el interés público no resultaría lesionado de ordenarse la medida, lo que no pudo ser establecido en virtud de la ausencia total de motivos de que adolece dicha sentencia, además de que si se compara la sentencia anterior núm. 034-2008, emitida por dicho tribunal en fecha 4 de abril de 2008, con la sentencia que ahora se impugna, se puede establecer que la segunda solicitud de medida cautelar sometida por Ede-Este, además de haberse conocido entre las mismas partes, consta de las mismas causas, hechos, circunstancias y fundamentos y alegatos que fueron ya conocidos, evaluados y juzgados por la juez a-quo, mediante su primera decisión, con la supuesta diferencia de que en el petitorio de esta instancia decidida por la sentencia que ahora se discute, la accionante solo pedía la suspensión de la cláusula alegadamente nula del contrato de concesión, que es la cláusula número 3 que describe el área de concesión, mientras que en la primera solicitud la hoy recurrida pedía la suspensión de todos los efectos del referido contrato de concesión definitiva y por tanto, la suspensión de la ejecución de los trabajos, actuaciones y acciones derivadas del mismo mientras se conociera del proceso contencioso administrativo de nulidad de dicho contrato, por lo que al respecto se pregunta ¿Cuál es la diferencia entre procurar la suspensión íntegra del contrato de concesión de Consorcio Energético Punta Cana Macao porque la cláusula relativa al área de concesión es supuestamente nula y pedir solo la suspensión de la cláusula que se alega nula, dígame la cláusula número

tres que describe el área de concesión, por las mismas razones?; la respuesta es que no hay diferencia alguna, por lo que estamos simplemente frente a un ardid procesal de Ede-Este que pretendía que se juzgue dos veces la misma cosa, ya que tal como le fue probado a dicho tribunal, todo lo que fue planteado por Ede-Este en la primera solicitud de medidas cautelares lo planteó nuevamente en la segunda solicitud y en consecuencia frente a tal situación, no cabía dudas de que la segunda solicitud debía ser declarada inadmisibile sin examen al fondo, toda vez que se estaba frente a una acción que plantea cuestiones ya juzgadas, en la que Ede-Este no acreditó la ocurrencia de hechos o circunstancias nuevas y determinantes o el cambio sustancial de las circunstancias ya evaluadas, que pudieran inducir a la juez a-quo variar su sentencia anterior, requisitos que son indispensables de acuerdo a lo establecido por el párrafo II del artículo 7 de la Ley núm. 13-07; que al acoger parcialmente la solicitud de medida cautelar que le fuera solicitada por Ede-Este, específicamente en lo que se refiere al cese provisional de construcciones de obras eléctricas en la zona de Uvero Alto, la juez a-quo violó la cosa juzgada que se deriva de su anterior sentencia, incurriendo en una grosera contradicción con los criterios esgrimidos en la misma y lo decidido sin motivos en la actual sentencia que se recurre y que más aún, la contradicción incurrida por dicha juez es tan evidente que incluso en la sentencia recurrida existen motivaciones que son inconciliables entre sí, ya que por un lado se reconoce que la hoy recurrente no se encuentra operando dentro de la ilegalidad y que los sistemas eléctricos que operan la accionante y la accionada son distintos por lo que sus operaciones no se afectan entre sí, lo que hubiera bastado para que dicha magistrada pudiera establecer que la pretensión de Ede-Este era injustificada, pero sin embargo, luego de establecer estas consideraciones, procede a acoger parcialmente la medida solicitada por la hoy recurrida que se apoyaba en el mismo fundamento que fue establecido por dicho tribunal para rechazar la totalidad del pedimento, con el agravante de que la juez a-quo no ofreció ninguna razón para justificar porqué en la segunda medida las circunstancias eran diferentes; por lo que constituye una contradicción inaceptable que Ede Este solicite dos medidas cautelares sobre fundamentos comunes y que se rechace una de las medidas por entender que no se configuran en el caso concreto ninguno de esos fundamentos y que acto seguido se ordene la otra medida solicitada bajo los mismos presupuestos, sin exponer razones que justifiquen la variación de criterio en esta última, como lo hizo dicho tribunal en la sentencia impugnada; que por último, además de incurrir en la omisión de estatuir, la violación de la cosa juzgada, la falta y las contradicciones de motivos, la Juez a-quo incurrió en la violación de la Ley núm. 13-07, en su artículo 7 que exige tres condiciones para que el juez pueda ordenar una medida cautelar, que son, el peligro en la mora, la apariencia de buen derecho y la no perturbación del interés público o de terceros, requisitos con los que no se cumple en la solicitud de Ede-Este, de donde se desprende que la medida ordenada por dicho juez constituye una violación a la referida Ley núm. 13-07, por lo que debe ser casada su decisión por cualquiera de los vicios que se han propuesto”;

Considerando, que con respecto a lo que alega la recurrente de que la sentencia impugnada al acoger parcialmente la solicitud de medida cautelar interpuesta por Ede-Este incurrió en la violación del principio de la autoridad de la cosa juzgada, medio que procedemos a evaluar en primer término por ser de rango constitucional al derivarse del debido proceso, el examen de dicha sentencia evidencia que para rechazar el medio de inadmisión que le fuera planteado en este sentido dicho tribunal estableció en su sentencia lo siguiente: “Que en cuanto al medio presentado por el Magistrado Procurador General Tributario y Administrativo y la Comisión Nacional de Energía, relativo a la cosa juzgada y el principio de única persecución, este tribunal entiende que los asuntos decididos en materia cautelar administrativa no producen efectos de cosa juzgada material, ya que son dictadas mediante un análisis sumario que no toca el fondo del asunto, sino que preserva la eficacia de la sentencia a intervenir en ocasión del recurso principal”;

Considerando, que si bien es cierto lo afirmado por el tribunal a-quo anteriormente, de que la decisión judicial que niega o rechaza una pretensión de medida cautelar no produce cosa juzgada material, sino formal, lo que implica que los accionantes podrán solicitar cuantas medidas cautelares entiendan sean necesarias para asegurar la efectividad de una eventual sentencia que acoja su recurso contencioso administrativo principal, no menos cierto es que a fin de buscar el correcto equilibrio entre el principio de eficacia de la Administración a través de la ejecución de sus propios actos y el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la protección jurisdiccional cautelar, es preciso que los jueces al actuar en sus atribuciones cautelares y al momento de evaluar una nueva pretensión entre las mismas partes y con el mismo objeto, que ya haya sido decidido de forma negativa por una decisión jurisdiccional anterior, para pronunciarse sobre la procedencia o no de la nueva pretensión, determinen si la misma se basa en argumentos de hechos distintos a los que motivaron la negativa o que han variado las circunstancias que justificaron dicha negativa, ponderación que no fue hecha por el Juez a-quo al momento de dictar su decisión, ya que la misma carece de motivos suficientes y pertinentes que permitan establecer si la nueva solicitud de medida cautelar formulada por la hoy recurrida ante dicho tribunal reunía los presupuestos procesales requeridos por la ley que rige la materia para su concesión, como son: la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los intereses envueltos, a fin de establecer si existe el debido equilibrio entre los intereses generales que tutela la Administración y el interés individual del que solicita la medida cautelar, como forma de evitar que dicha medida pueda perturbar gravemente el interés público o de terceros, sobre todo tomando en cuenta que en la especie, el juez a-quo tampoco aporta motivos que permitan establecer cuáles fueron los fundamentos en los que se basó para otorgar parcialmente la protección cautelar solicitada por la hoy recurrida sin que la misma haya aportado elementos o circunstancias nuevas, sin que hayan variado los presupuestos de dicha solicitud y sin que se le haya aportado a dicho juez ningún elemento probatorio que demuestre que las actuaciones del Estado, representado por la Comisión Nacional de Energía y del Consorcio Energético Punta Cana-Macao en ejecución del contrato de concesión definitiva para la regularización y adecuación de un sistema eléctrico aislado, no estaban revestidas de legalidad y de buen derecho, máxime cuando en uno de los considerandos de su sentencia el propio tribunal reconoce que estas actuaciones estaban revestidas de legalidad, por lo que resulta inexplicable que sin establecer motivos que respaldaran su decisión, el Tribunal a-quo haya fallado de la forma en que consta en dicho fallo;

Considerando, que en consecuencia, al rechazar en su sentencia el medio de inadmisión que le fuera planteado por la ahora recurrente donde invocaba la violación al principio de la autoridad de la cosa juzgada y pasar a conocer el fondo de la solicitud de medida cautelar, sin establecer en su sentencia cuáles fueron los motivos de derecho que lo condujeron a decidir que esta segunda solicitud, que obviamente se fundaba sobre los mismos pedimentos que la anteriormente rechazada, reunía los presupuestos señalados anteriormente, requeridos para modificar dicha negativa, el tribunal a-quo incurrió en una evidente violación al principio de la cosa juzgada administrativa, con lo que además afectó los derechos adquiridos y la seguridad jurídica de la hoy recurrente, derivada de un contrato administrativo válidamente suscrito con la Administración, medio este suplido de oficio por esta Tercera Sala, así como violó el artículo 7 de la Ley núm. 13-07 que regula los requisitos para la adopción de medidas cautelares; sin que el tribunal a-quo estableciera en su sentencia cuáles fueron los motivos que lo llevaron a adoptar esta nueva interpretación, sino que por el contrario, los motivos que expone el Juez a-quo en su errada decisión, también adolecen del grave vicio de contradicción, al no existir la debida congruencia entre dichos motivos y entre estos y el dispositivo; puesto que el examen de dicho fallo evidencia que el juez a-quo, no obstante establecer en su sentencia que “por los alegatos expuestos por las partes del proceso, en la especie se advierte que la Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A., (Ede-Este) y el

Consortio Energético Punta Cana Macao, S. A. prestan sus servicios de energía eléctrica en sistemas de suministros diferentes, ello así porque Ede-Este lo hace en un sistema eléctrico interconectado y el Consortio Punta Cana Macao, lo hace a través de un sistema aislado de lo cual prima-facie nos indica que las operaciones de una no afectan a las operaciones de la otra; que asimismo se advierte que el Consortio Energético Punta Cana-Macao no se encuentra dentro de la ilegalidad, ya que este opera, por concesión del Estado Dominicano un sistema aislado en las zonas del Este, Bávaro, Cabeza de Toro, Punta Cana, Verón, El Cortesito, Macao y Hoteles de la Provincia La Altagracia desde el año 1992, bajo el amparo de la Ley núm. 14-90 sobre incentivo al desarrollo energético nacional; que en cuanto a ordenar la suspensión de los efectos jurídicos del artículo 3 literal d) del contrato de concesión definitiva del 28 de junio del año 2007, si el tribunal acoge la medida solicitada y se ordena la suspensión de los efectos del artículo 3 literal d) del contrato de concesión eléctrica intervenido entre el Estado Dominicano y el Consortio Energético Punta Cana-Macao, podría ocasionar una perturbación grave al interés público y al interés de terceros que nada tienen que ver con el presente proceso, ya que se estaría suspendiendo con ello el suministro de energía eléctrica a la parte de la zona este del país, incluyendo hoteles y clientes comerciales; además de miles de usuarios de residencias familiares; que asimismo es criterio de este tribunal que ordenar la suspensión de los efectos del referido artículo provocaría daños irreparables tanto al Consortio Energético Punta Cana Macao, así como también al interés público y a terceros, que dependen del mismo para realizar sus operaciones, puestos que miles de usuarios de la zona este del país se quedarían sin el suministro de energía eléctrica, por lo que en este sentido no procede acoger la presente solicitud de adopción de medida cautelar; que en la especie este tribunal entiende improcedente el suspender los efectos contenidos en el artículo 3, literal d), del contrato de concesión definitiva otorgado al Consortio Energético Punta Cana Macao, ya que continuar prestando el servicio de energía eléctrica no pone en peligro la efectividad de la posible sentencia a intervenir en el expediente del fondo del asunto”;

Considerando, que no obstante estas consideraciones transcritas anteriormente que están contenidas en la sentencia impugnada y que por lógica debían conducir a que el Tribunal a-quo rechazara la protección cautelar solicitada por la hoy recurrida, ya que de estos razonamientos se desprendería que dicho tribunal entendía que esta solicitud resultaba improcedente; de forma inexplicable, en los siguientes considerandos de su decisión, dicho tribunal, sin que su razonamiento estuviera fundado en derecho y sin que su decisión se profiriera debidamente motivada y con congruencia, procede a resolver la cuestión a favor de las pretensiones del actor, estableciendo en su sentencia: “Que en cuanto a la solicitud de la otra medida cautelar relativa a que se ordene la cesación de las actuaciones ilegales perpetradas por el Consortio Energético Punta Cana Macao especialmente de las obras de explotación eléctrica en la localidad de Uvero Alto y en otras localidades ubicadas fuera del ámbito de concesión del Polo Turístico Punta Cana-Macao, este tribunal considera necesario precisar que lo de “actuaciones ilegales” y “fuera del ámbito de la concesión”, como expresa la recurrente, es un asunto de fondo que como tal deberá decidirse en su oportunidad, en el expediente del recurso contencioso administrativo, por lo que se rechaza también dicho pedimento; sin embargo, tal y como solicita la recurrente en el sentido de que cesen las consecuencias de obras eléctricas en la zona de Uvero Alto, este tribunal entiende correcto ordenar al Consortio Energético Punta Cana Macao el cese provisional de construcciones de obras eléctricas en la zona de Uvero Alto, hasta tanto se decida sobre el fondo del asunto, en tanto esa parece ser la zona de conflicto”;

Considerando, que el examen de dichas motivaciones indica que sin lugar a dudas el Tribunal a-quo además de los vicios ya señalados de violación a la cosa administrativa juzgada y a la carencia de motivos que fundamenten adecuadamente su decisión de conceder parcialmente la medida cautelar solicitada, sin

que se presentaran pruebas que destruyeran la presunción de legalidad con que estaba revestida la actuación de la recurrente al provenir de un contrato de concesión para la explotación de un servicio público válidamente suscrito con la Administración, incurrió además en su sentencia en el vicio de contradicción, tanto entre los motivos de ésta, así como entre dichos motivos y su dispositivo, lo que conduce a que ésta sentencia no esté fundada en derecho, al carecer de los sustentos que permitan establecer si ha sido correctamente aplicada la normativa jurídica, lo que no se aprecia en la especie, ya que los motivos contradictorios contenidos en dicho fallo conducen a que los mismos se aniquilen recíprocamente y que ninguno pueda ser tomado como base para fundamentar adecuadamente esta decisión; que en consecuencia, los vicios de que adolece la sentencia impugnada mediante el presente recurso conducen a que la misma carezca de base legal, por lo que procede acoger los medios presentados por la recurrente principal y se ordena la casación sin envío de esta decisión;

#### **En cuanto al recurso incidental:**

Considerando, que a su vez, en su memorial de defensa la recurrida también presenta un recurso de casación incidental en contra de la parte in fine del ordinal tercero de la sentencia impugnada y para fundamentar su recurso propone los siguientes medios: **Primer Medio:** violación a los artículos 1 y 2 de la Ley núm. 301 sobre Notariado. Errónea y falsa aplicación en torno a los actos de comprobación. Violación al derecho a la prueba; **Segundo Medio:** Desnaturalización de los hechos de la causa. Errónea aplicación del artículo 7 de la Ley núm. 13-07. Violación al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva;

Considerando, que en el desarrollo de los dos medios propuestos, los que procedemos a reunir para su examen la recurrente incidental alega en síntesis lo que sigue: “Que al excluir del expediente el acto de comprobación con traslado de notario que fuera instrumentado por el abogado notario público Lic. Arévalo Antonio Cedeño Cedano a requerimiento de Ede-Este, bajo la consideración expuesta por dicho tribunal de que nadie puede crearse sus propias pruebas, dicho tribunal manifestó un criterio contrario al espíritu de la legislación y a los criterios jurisprudenciales, ya que el hecho de que el acto de comprobación se realice a requerimiento de una parte, no lo invalida en términos probatorios, puesto que los actos de comprobación constituyen una de las funciones fundamentales de los notarios y resultan ser actos auténticos en cuanto a la forma y tienen valor probatorio concerniente a las comprobaciones hechas por dicho funcionario, aún cuando no sean de carácter auténtico, por lo que el referido acto constituye un elemento de prueba válida y legítimo que no puede ser descartado del debate por el solo hecho de ser realizado a requerimiento de una parte, contrario a lo decidido por dicho tribunal; que al establecer en su sentencia que el Consorcio Energético Punta Cana Macao no se encontraba dentro de la ilegalidad, porque opera por concesión del Estado Dominicano, dicho tribunal incurre en el vicio de desnaturalización de los hechos, ya que la Juez a-quo asume como un hecho cierto lo que justamente es contrario a lo reflejado de manera fehaciente en la documentación que fue aportada, en el sentido de que la descripción geográfica de la zona de concesión de la recurrente principal que se hace en el contrato de concesión definitiva, de fecha 28 de junio del año 2007, específicamente en el artículo 3, literal d), es la misma descrita en la Resolución núm. 3-92, que establece taxativamente que el área de concesión para la explotación de obras y servicios públicos de electricidad comprende exclusivamente el denominado polo turístico Punta Cana Macao, por lo que la citada resolución no hace mención en ninguna de sus partes a localidades específicas del referido polo turístico, así como tampoco se refiere a “hoteles de la zona de la provincia La Altagracia”, ya que esta última expresión sale a relucir en el contrato de concesión definitiva y no en la Resolución núm. 3-92, como erróneamente estableciera la juez a-quo en su sentencia y este error influyó decisivamente en la suerte de esta controversia y en que se le otorgara parcialmente la medida cautelar solicitada, al considerar que la recurrente principal tenía un derecho adquirido e

irrevocable, con lo que se le ha despojado de zonas importantes y del legítimo derecho de brindar servicios a los hoteles de la provincia La Altagracia”;

Considerando, que en cuanto a lo que alega la recurrente incidental de que el Tribunal a-quo incurrió en la violación de su derecho a la prueba al excluir del expediente el acto de comprobación con traslado de notario que fuera aportado por ésta para fundamentar sus pretensiones, se ha podido establecer que para descartar este elemento probatorio, el Tribunal a-quo establece en su sentencia motivos que respaldan plenamente su decisión, sin que esto afecte el derecho a la prueba de la hoy recurrente incidental, ya que los jueces en esta materia están investidos de un amplio y soberano poder de apreciación que les permite valorar los elementos probatorios y escoger los que mayor fundamento contengan para formar su convicción, tal como ocurrió en la especie, donde el tribunal tras ponderar este medio de prueba estableció que el mismo debía ser descartado por los motivos expuestos en su decisión, por lo que se rechaza este argumento;

Considerando, que en cuanto al vicio de desnaturalización de los hechos invocado por la recurrente incidental en su segundo medio, esta Tercera Sala se pronuncia en el sentido de que si bien es cierto que la sentencia impugnada ha incurrido en una serie de vicios que fueron examinados en el recurso de casación principal y que condujeron a que este fallo fuera objeto de casación por los medios expuestos anteriormente, no menos cierto es que la alegada desnaturalización que invoca la recurrente incidental no se observa en esta decisión, ya que al referirse a la zona de concesión de que era titular la recurrente principal y en base a esto establecer que la misma operaba legalmente, dicho tribunal lo hizo en base a los documentos aportados al debate, a los que les dio su verdadero sentido y alcance en cuanto a la legalidad de dicha concesión, otorgada por el Estado en provecho de la recurrente principal, por lo que en este aspecto dicha sentencia no puede ser censurada; que en consecuencia procede rechazar los medios que se examinan por ser estos improcedentes y mal fundados, así como se rechaza el recurso incidental de que se trata;

Considerando, que el artículo 20 de la Ley sobre Procedimiento de Casación dispone que: “Cuando la casación no deje cosa alguna por juzgar no habrá envío del asunto”, lo que aplica en la especie;

Considerando, que en esta materia no hay condenación en costas, ya que así lo establece el artículo 60, párrafo V de la Ley núm. 1494 de 1947, aún vigente en ese aspecto.

Por tales motivos, **Primero:** Acoge el recurso de casación principal interpuesto por Consorcio Energético Punta Cana-Macao, S. A., y en consecuencia, Casa sin envío por no haber nada que juzgar la sentencia dictada en sus atribuciones de Juez Cautelar, por el Presidente de la Segunda Sala del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, hoy Tribunal Superior Administrativo, el 6 de octubre de 2008, cuyo dispositivo figura copiado en parte anterior del presente fallo; **Segundo:** Rechaza el recurso de casación incidental interpuesto por Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (Ede-Este), contra la misma decisión; **Tercero:** Declara que 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, en su audiencia pública del 15 de agosto de 2012, años 169° de la Independencia y 149° de la Restauración.

Firmado: Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Edgar Hernández Mejía y Francisco Antonio Ortega Polanco. 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](http://www.suprema.gov.do)