

INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)

RESOLUCIÓN No. 075-06

QUE DECIDE EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR LA CONCESIONARIA TCN DOMINICANA, S. A. CONTRA LA RESOLUCIÓN NO. 160-05 QUE “APRUEBA EL NUEVO REGLAMENTO PARA EL SERVICIO DE DIFUSIÓN POR CABLE”.

El **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)**, por órgano de su Consejo Directivo, en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, del 27 de mayo de 1998, reunido válidamente previa convocatoria, dicta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

Con motivo del recurso de reconsideración interpuesto por la concesionaria **TCN DOMINICANA, S. A.** (en lo adelante “**TCN**”) en fecha 25 de noviembre de 2006, contra la Resolución No. 160-05 dictada por el Consejo Directivo del **INDOTEL** en fecha 13 de octubre de 2005.

Antecedentes.

1. Luego de agotado el proceso de consulta pública que ordena el artículo 93 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, en fecha 13 de octubre de 2005, el Consejo Directivo de **INDOTEL** dictó su Resolución No. 160-05 que “Aprueba el Nuevo Reglamento para el Servicio de Difusión por Cable”, la cual fue publicada en el periódico “Hoy” en fecha 18 de noviembre de 2005;

2. Mediante instancia suscrita por el Dr. Juan C. Ortiz-Camacho y el Lic. Tomás A. Franjul, la concesionaria **TCN DOMINICANA, S. A.** interpuso formal recurso de reconsideración contra la Resolución No. 160-05, avanzando las conclusiones que se copian íntegramente a continuación:

“**PRIMERO:** En cuanto a la forma, DECLARAR ADMISIBLE el presente recurso de reconsideración por haber sido interpuesto dentro del plazo legal, y de conformidad con las reglas de la materia.

SEGUNDO: COMPROBANDO lo siguiente:

1).- Que las reglas vertidas en el artículo 10.1.1, y en el Anexo B de la Resolución No. 160-05, corresponden (**por su alcance, contenido, efectos y naturaleza**) al Reglamento General de Tarifas y Costos de Servicios todavía en proceso de elaboración por parte de **INDOTEL**;

2).- Que por lo antes consignado, las mencionadas reglas (artículo 10.1.1, y en el Anexo B de la Resolución No. 160-05) no pueden ser presentadas como simples “modificaciones” a la propuesta regulatoria formulada por la Resolución 032-05, en relación con las reglas propias del Reglamento para el Servicio de Difusión por Cable;

3).- Que dichas reglas (artículo 10.1.1, y Anexo B de la Resolución No. 160-05) jamás fueron sometidas a previa consulta ni con motivo de la propuesta regulatoria

para la elaboración del Reglamento General de Tarifas y Costos de Servicios, ni en ocasión de la propuesta regulatoria formulada por la Resolución 032-05, en relación con las reglas propias del Reglamento para el Servicio de Difusión por Cable;

4).- Y en tal virtud, DECLARANDO la nulidad de tales reglas (artículo 10.1.1, y Anexo B de la Resolución No. 160-05) por no haber sido dictadas conforme a lo establecido en el artículo 93 de la Ley No. 153 de 1998;

TERCERO: En cuanto al fondo, COMPROBANDO lo siguiente:

a).- El carácter legal (art. 51) de la “obligatoriedad” existente en materia de interconexión de redes;

b).- La inexistencia, en la Ley No. 153 de 1998, de una regla similar en materia de retransmisión de señales y servicios portadores;

c).- La existencia, en la Ley No. 153 de 1998, de un régimen de simple posibilidad (May Carry) en cuanto a la prestación de servicios portadores (Art. 18.6);

d).- Que los artículos 39 al 42 de la Ley No. 153 de 1998, constituyen las únicas reglas legales vigentes en la República Dominicana en materia de TARIFAS Y COSTOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES;

e).- Que, de conformidad con las reglas legales precedentemente mencionadas, INDOTEL no tiene capacidad para imponer un “máximo” tarifario previo a toda negociación que limite de antemano lo que las partes puedan convenir, impidiendo cobrar por un servicio más del costo que el mismo tenga para la prestadora; toda vez que, por un lado, la prohibición vertida en la primera parte del artículo 40.2 de la Ley No. 153 de 1998, se circunscribe a establecer un “mínimo”, a los fines de impedir que se pueda cobrar por un servicio menos del costo que el mismo tenga para la prestadora; sin que tal regla pueda ser invertida: y por otro lado, tanto el artículo 40.1 como el artículo 41.2, que se refieren a la intervención de INDOTEL, establecen la necesidad de añadir a los costos una remuneración razonable; y ni aún en los casos propios del Servicio Universal, la Ley No. 153 de 1998, elimina toda idea de rentabilidad razonable, para limitar los ingresos a simple recuperación de costos (por demás, indebida e injustamente calculados), como lo ha pretendido imponer INDOTEL en el art. 10.1.1 y Anexo B de la Resolución objeto del presente recurso, **en franca violación de los Principios Constitucionales de la Igualdad de la Ley para todos, de la Legalidad de los Actos Administrativos, de la Razonabilidad de la Ley, de Libre Empresa, así como en violación de los principios legales de libre y leal competencia, y de mínima intervención y máximo funcionamiento del mercado.**

Y f).- Y por tanto, **DECLARANDO:** 1).- Que en el estado actual del derecho positivo dominicano de las telecomunicaciones (Ley No. 153 de 1998), la disposición de imponer, a los sistemas de cable, **la obligación de retransmitir las señales de televisión abierta con sujeción a un “máximo” tarifario, está fuera del poder regulatorio de INDOTEL;** 2).- Que dicha obligación da lugar a un favoritismo tarifario discriminatorio en perjuicio de un sector y en perjuicio de otro, y por tanto, es contraria a **los Principios Constitucionales de la Igualdad**

de la Ley para todos, de la Legalidad de los Actos Administrativos, de la Razonabilidad de la Ley, de Libre Empresa, así como en violación de los principios legales de libre y leal competencia, y de mínima intervención y máximo funcionamiento del mercado; y 3).- En tal virtud, REVOCANDO Y DEJANDO SIN EFECTO el artículo 10 (completo) y el Anexo B de la Resolución 160-05. y cualquier otro texto conexo y/o dependiente de los mismos.

CUARTO: ORDENANDO cualquier otra medida que estiméis de lugar”.

3. Mediante el Acto No. 61/06 de fecha 5 de enero de 2006, instrumentado por el ministerial Eduardo Antonio Guzmán, Alguacil Ordinario de la Segunda Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, la concesionaria **TCN DOMINICANA, S. A.** interpuso contra el **INDOTEL** y su Consejo Directivo, una “Demanda en Suspensión de Ejecución de Resolución Administrativa” por ante el Juez Presidente de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, en atribuciones de referimientos;

4. Con ocasión de la indicada demanda, la Magistrado Juez Presidente de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional dictó su Ordenanza No. 337/06 de fecha 20 de marzo de 2006, cuya parte dispositiva se lee textualmente:

“ F A L L A :

PRIMERO: En cuanto a la forma, declara **buena y valida** (sic) la demanda en **Suspensión de Resolución** interpuesta por **TCN Dominicana S. A.** contra el **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones Indotel** (sic), por haber sido incoada conforme al derecho;

SEGUNDO: En cuanto al fondo, **RECHAZA** en todas sus partes la demanda en **Suspensión de Resolución** interpuesta por **TCN Dominicana S. A.** contra el **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones Indotel** (sic), por los motivos antes indicados;”

EL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL), DESPUÉS DE HABER ESTUDIADO Y DELIBERADO SOBRE EL CASO:

CONSIDERANDO: Que en la especie, este Consejo Directivo se encuentra apoderado de un recurso de reconsideración interpuesto por **TCN** contra el artículo 10 y el Anexo B de la Resolución No. 160-05, que pone en vigencia el Reglamento del Servicio de Difusión por Cable (en lo adelante el “Reglamento”), dictada por este órgano regulador en fecha 13 de octubre de 2005 y publicada en el periódico “Hoy” en fecha 18 de noviembre de 2005;

CONSIDERANDO: Que el artículo 96.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, (“Ley”) dispone que las decisiones del Consejo Directivo podrán ser objeto de un recurso de reconsideración, el cual deberá ser sometido dentro del plazo de diez (10) días calendario, contados a partir de la notificación o publicación del acto recurrible; que, al efecto, el Reglamento fue publicado por este órgano regulador en el matutino “Hoy” en fecha 18 de noviembre de 2005, por lo que al haber sido interpuesto el recurso

en fecha 25 de noviembre de 2005, **TCN** ha obrado dentro del plazo legal para ello y, por ende, el mismo debe ser admitido;

CONSIDERANDO: Que el artículo 97 de la Ley establece cuáles son los únicos motivos por los cuales se fundamentan los recursos contra las decisiones del Consejo Directivo; a saber: (a) extralimitación de facultades; (b) falta de fundamento sustancial en los hechos de la causa; (c) evidente error de derecho; o (d) incumplimiento de las normas procesales fijadas por la Ley o el órgano regulador; que, aún cuando **TCN** no desarrolla de manera separada los medios de impugnación a las disposiciones atacadas del Reglamento, la misma es clara al advertir que el **INDOTEL** ha incurrido en una *“franca violación al Principio Constitucional de la Legalidad Administrativa consagrado en el numeral 5 del Artículo 8”* de la Constitución, lo que se enmarca claramente dentro del literal c) del artículo 97 de la Ley;

CONSIDERANDO: Que en el desarrollo de su recurso, la recurrente imputa a este órgano regulador (i) haber invertido la regla establecida en el artículo 40.2 de la Ley, al imponer un “tope tarifario” a las negociaciones por concepto de retransmisión de señales de televisión abierta en los sistemas de difusión por cable; (ii) coartar el principio de libertad de negociación, al intervenir antes de tiempo en las negociaciones e imponer la obligación de retransmisión no establecida en la Ley; (iii) haber violado los postulados del artículo 93 de la Ley al incluir el Anexo B del Reglamento, el cual no fue objeto del proceso de consulta pública;

CONSIDERANDO: Que al analizar en detalle el primero de los puntos objetados por la recurrente, esto es, la alegada imposición de un “tope o máximo tarifario” en las negociaciones de retransmisión, la misma sustenta su posición en las disposiciones de los artículos 39 al 42 de la Ley, los cuales, a su decir, son las únicas reglas legales vigentes en la República Dominicana en materia de tarifas y costos de los servicios de telecomunicaciones; que, en tal sentido, siguiendo con la glosa de los argumentos de **TCN**, el **INDOTEL** no tiene capacidad para imponer un “máximo” tarifario previo a toda negociación que limite de antemano lo que las partes pudieran convenir, impidiendo cobrar por un servicio más del costo que el mismo tenga para la prestadora, debiendo establecerse, lo que no ha hecho el Consejo Directivo del **INDOTEL**, la posibilidad de cobrar una remuneración razonable sobre la inversión realizada;

CONSIDERANDO: Que el punto de partida de la recurrente, al hacer su exposición, constituye uno equivocado, toda vez que las disposiciones del artículo 10 y el Anexo B del Reglamento del Servicio de Difusión por Cable, no buscan el establecimiento de un “tope” o “máximo” tarifario, conforme ha desarrollado **TCN** ampliamente en su recurso; que las disposiciones recurridas tienen como finalidad establecer, en primer lugar, las condiciones, requisitos y procedimiento bajo los cuales deben regirse las negociaciones en materia de retransmisión de señales de televisión abierta en los sistemas de cable, dado que se trata, tal y como fuera expuesto por este Consejo en las motivaciones que acompañan la Resolución No. 160-05, de negociaciones entre concesionarios de dos servicios públicos, cuyo desequilibrio podría conllevar un perjuicio directo en el derecho de elección de los consumidores;

CONSIDERANDO: Que, al poner en vigencia el Anexo B, el órgano regulador ejerce su facultad de reglamentación que le confieren los artículos 77 y 78 de la Ley, toda vez que en el caso de la especie no se trata de precios o tarifas destinadas al público en general, ni de un régimen de interconexión puro y simple, al cual le apliquen las

disposiciones de los artículos 39 al 42 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98; que, sobre este particular, este Consejo Directivo entiende el régimen de retransmisión de señales por cable como uno *sui generis*, propio de los avances y variaciones en la tecnología, pero que de manera alguna puede suponer una supresión o sustitución en la decisión de los consumidores de disfrutar libremente y sin mayores perturbaciones o limitaciones, de un servicio público que ha concesionado el Estado en su beneficio;

CONSIDERANDO: Que, para mayor claridad en el análisis, este Consejo Directivo ha puesto en vigencia el Anexo B como una guía para el cálculo de los derechos aplicables en la retransmisión, siempre que se cumplan determinados requisitos previos y como incentivo, tanto a las empresas de difusión por cable como a los canales de televisión VHF y UHF, de las demás obligaciones que le son inherentes a su condición de concesionarios de un servicio público; que, por demás, resultan infundadas los argumentos de la recurrente en el sentido de que este órgano regulador de las telecomunicaciones ha impedido que las empresas de cable obtengan una remuneración justa por la inversión realizada, toda vez que el servicio que se presta, esto es, la retransmisión de señales, no implica, para su prestación, de ninguna inversión adicional a la ya realizada; que, no obstante lo anterior, este órgano regulador sí ha contemplado una remuneración justa y razonable en dos sentidos: el primero, en aquellos casos en que los canales de televisión no cumplan con los requisitos para optar por el beneficio de la retransmisión, en el cual se deja a la libertad de las partes el establecimiento del monto a pagar; y en el segundo de los casos, para aquellos canales que sí cumplen con sus obligaciones de intensidad de señal, la inclusión de un costo equivalente a la ocupación de red, cuyo cálculo cruzado toma en consideración la preocupación de remuneración, depreciación y costo de reposición de los activos incluidos en la operación;

CONSIDERANDO: Que, en lo relativo a la imputación que hace la recurrente a este Consejo Directivo, en el sentido de que se ha impuesto un “tope” tarifario, dicho razonamiento parte de una incorrecta aplicación e incorporación de lo dictado por los artículos 39 al 42 de la Ley, los cuales, como ya se ha expuesto más arriba, no caben en la interpretación de los derechos por concepto de retransmisión de señales; que, por el contrario, las disposiciones combinadas del artículo 10 y el Anexo B, no suponen un techo en las negociaciones, sino una opción más, de aquellas disponibles a las partes, al momento de pactar las relaciones comerciales de retransmisión, pudiendo incluso acordar otras contraprestaciones, conforme actualmente existen vigentes en el sector, que no necesariamente supongan la transferencia de valores monetarios entre las partes;

CONSIDERANDO: Que, finalmente, conviene que este Consejo Directivo se refiera a los argumentos avanzados por la recurrente en el sentido de que las disposiciones atacadas resultan en una vulneración de los principios constitucionales de igualdad ante la Ley, libre empresa y razonabilidad, así como aquellos de libre y leal competencia en el sector; que, sobre este particular, al tratarse de una norma de carácter general, con aplicación para todos los concesionarios de la televisión por cable, el Reglamento no establece un régimen de excepción entre las empresas que está llamado a regular, sino meras condiciones de prestación de los servicios, cuya aplicación, en ejercicio de la potestad *variando* de la Administración, le son potestativas; que, asimismo, el ejercicio de la libertad de empresa posee como única limitante, al decir de las interpretaciones constitucionales más avanzadas, la incidencia de acciones confiscatorias, que tengan

por finalidad última la expropiación de infraestructura o la imposibilidad de reaccionar ante el mercado, sin que en momento alguno pueda interpretarse como tal la facultad legal y constitucionalmente conferida a la administración de reglar todo lo concerniente a la actividad de los servicios públicos;

CONSIDERANDO: Que, resalta a todas luces improcedente el equiparar esta acción del órgano regulador con una atentatoria del principio de libre y leal competencia en el sector de las telecomunicaciones, cuando no sólo no se afecta en modo alguno la posibilidad de que las empresas de cable compitan entre sí, al tratarse de una norma de aplicación general, sino que la televisión abierta no constituye un servicio en competencia con el de difusión por cable; que, por el contrario, el principio sí se vería afectado en la medida en que, como resultado supremo de la facultad de regulación y libertad de prestación, no se garantice al consumidor la posibilidad de disfrutar de los bienes que han sido concesionados en su nombre, por parte del Estado Dominicano; que, en virtud de todo lo anterior, debe rechazar por improcedente, mal fundado y carente de sustento legal, el argumento avanzado por la recurrente en este sentido;

CONSIDERANDO: Que ha sido expuesto por la recurrente que las disposiciones del artículo 10 y el Anexo B del Reglamento suponen una limitante al principio de libertad de negociación consagrado en el artículo 56 de la Ley; que, tal y como ha sido analizado precedentemente, las negociaciones entre prestadores de servicio de televisión abierta y difusión por cable no constituye una negociación de interconexión, propiamente dicha, independientemente de que se produce el servicio de transporte de señales, toda vez que no supone un intercambio recíproco de tráfico alguno; que, en tal virtud, equiparar el mismo al principio de libertad de negociación establecido en el artículo 56 de la Ley, resulta en una equivocación; que, el uso que ha hecho este Consejo Directivo en torno al factor de ocupación de las redes tiene como finalidad establecer un índice equivalente, no el equiparar el servicio portador de transporte de señales con aquel de interconexión de redes telefónicas;

CONSIDERANDO: Que, no obstante lo anterior, en modo alguno este Consejo Directivo ha limitado la capacidad de negociación de las partes sobre los términos y condiciones en los que se debe producir la retransmisión de señales, limitándose únicamente a establecer las condiciones, reglas del proceso, plazos para la negociación y limitaciones de actuación de las partes una vez concluida la misma, toda vez que el interés público general se encuentra presente en el proceso; que, sobre este particular, el mismo interés público que se busca proteger al momento en que un usuario se ve impedido de escoger el prestador de servicio telefónico de su preferencia es aquel que se busca proteger en el caso en que un determinado usuario no puede acceder desde su equipo receptor a las señales de televisión abierta en función de haber contratado a un determinado prestador del servicio de difusión por cable, el cual no esté sometido a una obligación de retransmisión; que, no obstante ello, el **INDOTEL** ha respetado el principio, haciendo valer su autoridad en aquellos casos en que no sea posible para las partes arribar a un acuerdo sobre los términos de la retransmisión, por lo que los alegatos de la recurrente **TCN** en este sentido, deben ser rechazados por improcedentes, mal fundados y carentes de sustento legal;

CONSIDERANDO. Que el último de los aspectos de fondo discutidos por **TCN** en su recurso dan cuenta de una supuesta violación del **INDOTEL** a las reglas establecidas en el proceso de consulta pública, al variar el texto del Reglamento consultado e incluir en el mismo las variaciones que hoy son disputadas; que, sobre este particular,

resultaría en una interpretación exorbitante de la Ley el hecho de que el órgano regulador se viera en la imposibilidad de variar el texto sometido a consulta pública, en cualquiera de sus extensiones; que, sobre el particular, la única obligación resultante del artículo 93 es que el texto de la norma en sentido general sea consultado y que quede constancia de la respuesta dada a los interesados en el proceso, sin que las opiniones vertidas por éstos resulten vinculantes para el órgano regulador; que, el **INDOTEL** dio inicio al proceso de consulta pública para dictar el nuevo Reglamento del Servicio de Difusión por Cable, encontrándose en el proceso con diversas propuestas y comentarios de los interesados, los que, después de ponderados, fueron acogidos o rechazados, parcial o totalmente; que de este proceso interactivo y transparente, surgieron propuestas alternativas en la redacción, las cuales dieron como resultado el Anexo B que se puso en vigencia junto al Reglamento; que, en la especie, el derecho de defensa y de consulta de la recurrente se ha visto preservado, no sólo durante el proceso, sino mediante el ejercicio de la presente vía de recurso, razones por las cuales este medio debe ser rechazado por improcedente y carente de sustento legal;

VISTA: La Constitución de la República, votada por la Asamblea Nacional en fecha 22 de julio de 2002, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98, del 27 de mayo de 1998, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La Resolución No. 160-05 dictada por el Consejo Directivo del **INDOTEL** en fecha 13 de octubre de 2005 y publicada en el periódico “Hoy” en fecha 18 de noviembre de 2005, la cual pone en vigencia el nuevo “Reglamento del Servicio de Difusión por Cable”;

VISTA: La instancia suscrita por el Dr. Juan C. Ortiz-Camacho y el Lic. Tomás A. Franjul, que contiene el recurso de reconsideración promovido por la concesionaria **TCN DOMINICANA, S. A.** en fecha 25 de noviembre de 2005, contra el artículo 10 y el Anexo B de la Resolución No. 160-05 del Consejo Directivo del **INDOTEL**;

VISTA: La Ordenanza No. 337/06 dictada por la Magistrada Juez Presidente de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, en fecha 20 de marzo de 2006, en atribuciones de referimientos, con ocasión de la demanda en suspensión de ejecución de la Resolución No. 160-05, intentada por la concesionaria **TCN DOMINICANA, S. A.**

**EL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO DOMINICANO DE LAS
TELECOMUNICACIONES (INDOTEL), EN EJERCICIO DE
SUS FACULTADES LEGALES Y REGLAMENTARIAS,**

RESUELVE:

PRIMERO: ACOGER, en cuanto a la forma, el recurso de reconsideración interpuesto por la concesionaria **TCN DOMINICANA, S. A.** en fecha 25 de noviembre de 2005, contra la Resolución No. 160-05 dictada por este Consejo Directivo en fecha 13 de octubre de 2005, por haber sido intentado conforme los plazos y forma establecidos en los artículos 96 y 97 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98.

SEGUNDO: RECHAZAR, por los motivos y consideraciones expuestos en el cuerpo de esta Resolución, las conclusiones presentadas por la recurrente **TCN DOMINICANA, S. A.** en su instancia introductiva del recurso de reconsideración de fecha 25 de noviembre de 2005, por improcedentes, mal fundadas y carentes de sustento legal.

TERCERO: ORDENAR al Director Ejecutivo la notificación de una copia certificada de esta resolución a **TCN DOMINICANA, S. A.**, así como su publicación en el Boletín Oficial del **INDOTEL** y en la página Web que mantiene esta institución en la red de Internet.

Así ha sido adoptada, aprobada y firmada la presente Resolución por mayoría de votos del Consejo Directivo del **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)**, reiterando el Consejero **Leonel Melo Guerrero**, los argumentos contenidos en su voto disidente a la Resolución No. 160-05. En la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día dos (2) del mes de mayo del año dos mil seis (2006).

Firmados:

Dr. José Rafael Vargas
Secretario de Estado
Presidente del Consejo Directivo

Aníbal Taveras
En representación del
Secretario Técnico de la Presidencia
Miembro *Ex Officio* del Consejo Directivo

Leonel Melo Guerrero
Miembro del Consejo Directivo

David A. Pérez Taveras
Miembro del Consejo Directivo

Juan Antonio Delgado
Miembro del Consejo Directivo

José Alfredo Rizek V.
Director Ejecutivo
Secretario del Consejo Directivo