

INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)

RESOLUCIÓN No. 154-12

QUE DECIDE EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (CLARO), EN CONTRA DE ORANGE DOMINICANA, S.A. POR LA ALEGADA COMISION DE VARIOS ILICITOS ADMINISTRATIVOS, A TRAVES DE LA PRESTACION Y COMERCIALIZACIÓN DE LOS PLANES DENOMINADOS “4G LTE”.

El **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)**, por órgano de su Consejo Directivo, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, del veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), reunido válidamente previa convocatoria, dicta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

Con motivo de la solicitud de apertura de procedimiento sancionador administrativo en contra de **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, (en lo adelante, “**ORANGE**”) y aplicación de las sanciones correspondientes por la comisión de varios ilícitos administrativos, de fecha 8 de agosto de 2012, interpuesta por la **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A.** (en lo adelante, “**CLARO**”)

Antecedentes.-

1. Desde el día 2 de julio de 2012, diversos medios de prensa nacionales difundieron el anuncio efectuado por la concesionaria **ORANGE**, por el que hizo de público conocimiento su intención de lanzar su oferta de servicios de Cuarta Generación (**4G**), mediante el uso de la tecnología *Long Term Evolution* (LTE);
2. Mediante comunicación con fecha 3 de julio de 2012, **ORANGE** remitió una comunicación al órgano regulador de las telecomunicaciones, en la que planteó lo siguiente:

“(...) en Orange vemos el lado positivo de las cosas y el retraso del proceso de licitación nos hace ser más creativos e innovadores, así en el mes de Marzo anunciamos a nuestros usuarios que duplicamos nuestra Red con una inversión de más de US\$150 Millones de Dólares y, en virtud de la presente, deseamos hacerlos primero a ustedes partícipes y anunciarles que nos proponemos lanzar el servicio 4G con Tecnología LTE, usando para ello nuestras frecuencias 1800MHz legalmente adquiridas en el año 2004.

Este nuevo Proyecto LTE estará enfocado en un principio de 5 Clusters en la Capital, en los sectores de Los Cacicazgos, Bella Vista, Piantini, Naco y Mirador, con planes de expandir a toda la geografía nacional una vez concluido el proceso de licitación que nos permita adquirir las frecuencias necesarias para ejecutar este ambicioso proyecto. (...);”

3. Posteriormente, el 5 de julio de 2012, **CLARO** remitió una comunicación al **INDOTEL**, en la que solicitó fueran tomadas las medidas necesarias para verificar que la prestación de los servicios anunciados se estuviere haciendo respetando la regulación vigente y lo dispuesto en la Resolución No. 037-11 de este Consejo Directivo;
4. De acuerdo con distintos reportes de prensa, el día 9 de julio de 2012, tuvo lugar el acto de lanzamiento del servicio Internet 4G LTE de **ORANGE**, durante un evento presidido por el CEO y Presidente de esa empresa, señor Jean Michel Garroueight, al cual asistieron relacionados, líderes de opinión y prensa especializada;

5. El Consejo Directivo del **INDOTEL** tomó conocimiento de la referida comunicación de **CLARO** en sesión celebrada el 11 de julio de 2012; en virtud de lo cual, encomendó a la Directora Ejecutiva de este órgano regulador remitir un oficio a **ORANGE**, en el cual se estableciera la posición institucional sobre la oferta de servicio 4G-LTE y se otorgase un plazo a esa empresa, en resguardo de su derecho de defensa;

6. Por oficio numerado como 12007521, con fecha 16 de julio de 2012, la Directora Ejecutiva del **INDOTEL** notificó un acto administrativo a **ORANGE**, en ejercicio de la encomienda realizada por el Consejo Directivo, en la que se informa lo que se copia a continuación:

“[...] En relación con lo expuesto, el Consejo Directivo del **INDOTEL** tomó conocimiento de las comunicaciones que venimos de describir en la sesión celebrada el pasado 11 de julio, en virtud de lo cual, encomendó a quien suscribe remitir a **ORANGE** la presente comunicación, a los fines indicados a continuación:

1. Recordar a esa empresa las disposiciones que establece el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), aprobado mediante Decreto No. 520-11 del 25 de agosto de 2011, instrumento jurídico que permite optimizar y racionalizar el uso del espectro radioeléctrico; mismo que dispone en su nota DOM46, que ‘La banda 1710-1755 MHz pareada con la banda 2110-2155 MHz, están atribuidas para el servicio móvil’;

2. De igual modo, recordar a esa empresa que la Resolución No. 109-11, dictada por el Consejo Directivo del INDOTEL con fecha 17 de octubre de 2011, aprueba el pliego de condiciones y convoca a la Licitación Pública Internacional INDOTEL/LPI-003-2011, para la explotación de frecuencias radioeléctricas en las bandas 941-960 MHz y 1710-1755 MHz / 2110-2155 MHz, en todo el territorio nacional;

3. Notificar a ORANGE que, conforme lo antes expuesto, el despliegue de una red LTE en las frecuencias 1720-1730 y 1815-1825 MHz, que ORANGE quiere utilizar para servicios de cuarta generación (4G), contraviene el pareo establecido por la nota DOM46 del PNAF, a la vez que contradice las condiciones establecidas por éste órgano regulador, en el marco del proceso de licitación pública INDOTEL/LPI-003-2011.

*4. Señalar que desplegar nuevas redes utilizando las frecuencias que serán licitadas mediante el proceso INDOTEL/LPI-003-2011, atentaría contra el desarrollo exitoso del mismo, valorando en este sentido que, en adición, **ORANGE** resulta ser una participante activa en ese proceso, declarada oferente calificada mediante Resolución No. DE-003-12, dictada por esta Dirección Ejecutiva con fecha 5 de marzo de 2012”;*

7. Por el mismo oficio 12007521, el **INDOTEL** concedió a **ORANGE** un plazo de cinco (5) días calendario, contados a partir de la notificación de ese acto, a los fines de que se pronuncie sobre los aspectos desarrollados por esa vía, así como de los argumentos presentados por **CLARO** en la comunicación descrita previamente; conforme los preceptos constitucionales y legales correspondientes;

8. En respuesta a la precitada comunicación, el 23 de julio de 2012, **ORANGE** depositó una comunicación en las oficinas del órgano regulador de las telecomunicaciones, en la que establece lo siguiente:

“[...] Hace unas semanas, ORANGE decidió mejorar sus servicios móviles a través del lanzamiento de la oferta 4G.

A tales fines, para dicho lanzamiento, fueron tomados en cuenta las disposiciones del PNAF, la Resolución No. 057-11 que establece los criterios generales que regirán la ejecución de los planes de migración a ser realizados con motivo de la modificación del PNAF, así como también los del Pliego de Condiciones y Convocatoria a Licitación Pública Internacional INDOTEL/LPI/003-201, aprobados

mediante Resolución No. 109-11 Asimismo, fueron ponderados todos los derechos y garantías que se derivan a su favor, del régimen establecido en la Ley No. 153-98 y sus reglamentaciones accesorias, a los titulares de licencias, para el uso y explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Como soporte del servicio lanzado, ORANGE utiliza la banda de los 1815-1825MHz para el downlink, y la banda de 1720-1730MHz para el *uplink*, de las cuales es titular y usa ininterrumpidamente desde el 2004, mismas que fueron debidamente autorizadas por el INDOTEL mediante oficio 042809 del 15 de junio de 2004. A la luz de la regulación, es criterio de ORANGE, que nada impide este tipo de uso (4G) [...]”

9. Posteriormente, el 8 de agosto de 2012, **CLARO** interpuso ante el **INDOTEL** una “Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo y Aplicación de las Sanciones correspondientes”, en contra de **ORANGE**, por la comisión de varios ilícitos administrativos; en el cual solicita lo siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, ADMITIR como buena y válida la presente Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo en contra de ORANGE DOMINICANA, S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que ORANGE DOMINICANA, S.A., al ofertar servicios 4G LTE utilizando para ello las frecuencias 1720-1730 MHz pareadas con las 1815-1825 MHz ha cometido las siguientes faltas administrativas:

- a) Falta muy grave, tipificada en el Artículo 105, literal a) de dicha Ley, por la realización de prácticas restrictivas a la competencia;
- b) Falta muy grave, tipificada en el Artículo 105, literal d) de la Ley General de Telecomunicaciones, al realizar la prestación de servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente concesión, licencia o inscripción;
- c) Falta grave, tipificada en el Artículo 106, literal b) de la Ley General de Telecomunicaciones, por la utilización del dominio público del espectro radioeléctrico sin la correspondiente licencia o el uso de frecuencias distintas a las autorizadas;

TERCERO: DECLARAR, en virtud de la facultad de control que otorga al órgano regulador el Artículo 78, literal h) de la citada Ley General de Telecomunicaciones, que ORANGE DOMINICANA, S.A. ha incumplido con las obligaciones que le imponen los siguientes actos administrativos adoptados por el INDOTEL:

- a) El Reglamento de Uso del Espectro Radioeléctrico;
- b) El Artículo 17, literal K, del Reglamento de Libre y Leal Competencia;
- c) La Resolución 037-11 de fecha 4 de mayo de 2011;
- d) La nota DOM46 del PNAF;
- e) La Resolución 109-11 de fecha 17 de octubre del 2011;
- f) La Resolución 057-11 de fecha 30 de junio del 2011;
- g) La Resolución 064-11 del 26 de julio de 2011.

CUARTO: En consecuencia, CONDENAR a ORANGE DOMINICANA, S.A. al pago de Doscientos (200) cargos por incumplimiento, en razón de las violaciones comprobadas a la Ley General de Telecomunicaciones, sus Reglamentos y las citadas resoluciones y actos administrativos.

QUINTO: ORDENAR a ORANGE DOMINICANA, S.A. el cese inmediato y definitivo de la oferta de los servicios 4G LTE que alega proveer, hasta tanto se haya producido, por acto administrativo ejecutorio, la normalización definitiva de la asignación de las frecuencias 1710-1755 MHz / 2110-2155 MHz para servicios móviles, luego de transcurrido el plazo que se otorgue para la migración de los servicios a los cuales se encontraban anteriormente atribuidas y siempre que el uso de las mismas se produzca en estricto y absoluto respeto a las disposiciones relativas a estándar, canalización y pareo aprobadas por el INDOTEL.

SEXTO: ORDENAR a ORANGE DOMINICANA, S.A., realizar, en un plazo que no exceda de dos (2) días contados a partir de la fecha de la Resolución que decida esta solicitud, una publicación en por lo menos dos (2) periódicos de amplia circulación, avisando que la venta de este servicio se encuentra definitivamente suspendida, hasta tanto se produzca la licitación de las frecuencias que lleva a cabo el órgano regulador o la regularización de las que hoy día detenta a título precario, imponiéndole al pago de cinco (5) cargos por incumplimiento diarios, hasta tanto haya cumplido con este aviso, el texto del cual deberá ser aprobado por el INDOTEL.”

10. Ese mismo 8 de agosto de 2012, mediante Acto de Alguacil No.734-2012, instrumentado por el ministerial Anneurys Martínez, **CLARO** le notificó a **ORANGE** la instancia contentiva de la Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo, a los fines correspondientes.

11. En ese sentido, haciendo uso de su derecho de defensa, **ORANGE** depositó en fecha 15 de agosto de 2012, ante el **INDOTEL** su Escrito de Defensa con relación a la Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo interpuesta por **CLARO** en su contra, estableciendo como conclusiones del mismo las siguientes:

“A. CONCLUSIONES INCIDENTALES:

De manera principal:

PRIMERO: Que se DECLARE IRREGULAR, el apoderamiento del Consejo Directivo por tratarse de una solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo sin que exista previamente un proceso administrativo inquisidor abierto o culminado en base a las conductas de los artículos 105, literales a) y d), y 106, literal b), a petición de la solicitante o de oficio por el órgano, contra ORANGE, esto es a los fines de salvaguardar, respetar y tutelar del debido proceso administrativo previo que le asiste a la interpelada.

SEGUNDO: DESECHAR la solicitud y en consecuencia ORDENAR el archivo definitivo de la solicitud intentada por CODETEL.

B. CONCLUSIONES AL FONDO DE LA SOLICITUD:

De manera principal:

PRIMERO: Que se DECLARE, admisible el presente escrito, en cuanto a la forma, por haber sido presentado conforme a los requerimientos de rigor.

SEGUNDO: Que se RECHACE, en cuanto al fondo la solicitud Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo de CODETEL de manera íntegra, por ser un atentado constitucional a los derechos de ORANGE, estar muy mal fundada, carente de toda base legal y probatoria, por incorrecta e impropia formulación de calificaciones jurídicas, y apoderamiento, así como escasear de fundabilidad en hecho y derecho, pertinencia procesal y seriedad, siendo por tanto, temeraria, improcedente, y en consecuencia, ORDENAR el archivo definitivo de la misma con todas sus consecuencias”.

12. El 15 de agosto de 2012, el Consejo Directivo del **INDOTEL** dictó la Resolución No. 113-12, “*Que ordena la suspensión provisional, como medida cautelar, de la comercialización y publicidad del plan denominado “4G-LTE” por ORANGE DOMINICANA, S. A.*”, cuyo dispositivo establece lo siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, ACOGER la instancia denominada “*Solicitud de Medidas Cautelares, a fin de asegurar los Intereses objeto de la Acción Principal y la Efectividad de los Resultados de dicha Acción mediante la orden de Suspensión Provisional de los Actos Ilícitos cometidos por ORANGE DOMINICANA, S.A.*”, presentada por la concesionaria COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S. A. (CLARO), con fecha 8 de agosto de 2012; así como también, ACOGER el “Escrito de Defensa y Advertencias sobre la Solicitud de Medidas Cautelares”, depositado por ORANGE DOMINICANA, S.A., ante el INDOTEL, con fecha 10 de agosto de 2012.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, ACOGER PARCIALMENTE las conclusiones presentadas por la COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S. A. (CLARO), por las razones expuestas en los motivos que sustentan la adopción de la presente resolución; procediendo a RECHAZAR las conclusiones presentadas por ORANGE DOMINICANA, S.A., por improcedentes, mal fundadas y carentes de base legal, tanto en lo relativo a sus medios incidentales como a los aspectos de fondo, por los motivos y consideraciones expuestos en esta resolución.

TERCERO: DECLARAR que existen indicios de un posible uso irregular del espectro radioeléctrico, así como una probable amenaza o vulneración a los derechos de los usuarios que consumen el producto denominado de "Cuarta Generación" o "4G LTE" prestado por ORANGE DOMINICANA, S.A., conforme fue explicado en el cuerpo del presente acto administrativo; y, en consecuencia se dispone, con carácter excepcional y a título de medida precautoria, lo siguiente, actuando en procura de proteger el interés general:

A. ORDENAR LA SUSPENSIÓN de la oferta, promoción de venta y publicidad del producto denominado de "Cuarta Generación" o "4G LTE", prestado por ORANGE DOMINICANA, S.A., así como la venta misma del producto, en vista de que existen indicios razonables que apuntan a la existencia de una amenaza o violación a derechos de los usuarios; y, en consecuencia, se SUSPENDE la difusión de las campañas publicitarias de este servicio de cualquier forma y por cualquier medio.

Párrafo I: DECLARAR que en lo que se refiere a la difusión de las campañas publicitarias realizadas a través de medios de comunicación tales como radio, televisión, así como Internet, mensajes SMS y otros de igual naturaleza; y lo relativo medios de comunicación IMPRESOS, tales como periódicos, brochures, y otros de igual naturaleza, deberán ser suspendidas de inmediato, con la notificación de la presente resolución.

Párrafo II: DECLARAR que en lo que se refiere a la difusión de las campañas publicitarias realizadas a través de VALLAS, aquellas que ya están desplegadas en la actualidad en el territorio nacional podrán mantenerse; sin que puedan ser instaladas NUEVAS vallas, hasta tanto se produzcan las condiciones establecidas en el literal "B" del presente ordinal "Tercero".

B. Que la suspensión de actividades de comercialización, promoción y venta del plan denominado "cuarta generación" o "4G LTE" prestado por ORANGE DOMINICANA, S.A., se mantendrá hasta tanto sea modificada la presente decisión o hasta tanto sea conocido y fallado el expediente administrativo que al efecto ha sido aperturado.

CUARTO: ORDENAR la apertura de un proceso formal de investigación a cargo del INDOTEL, que determine la existencia o no de la comisión de conductas atentatorias a los derechos de los usuarios del producto denominado "cuarta generación" o "4G LTE" comercializado, publicitado y provisto por ORANGE DOMINICANA, S.A. y por la posible configuración de prácticas de competencia desleal relacionadas a presuntas violaciones de los derechos de los usuarios y competidores.

QUINTO: ORDENAR a ORANGE DOMINICANA, S. A., entregar al INDOTEL, en un período máximo de quince (15) días calendario contados a partir de la notificación de la presente resolución, lo siguiente: (i) el listado completo de usuarios que han contratado el servicio hasta el momento de la notificación de esta resolución, incluyendo sus generales, tipo de contrato de servicio, precio que pagan por el mismo, tiempo de vigencia del contrato y tiempo de uso del servicio hasta la fecha de notificada la presente resolución, así como (ii) la descripción de las condiciones técnicas del servicio que le fueron provistas a los usuarios y prueba de la entrega de esta información al usuario del servicio.

SEXTO: DECLARAR que esta decisión tiene un carácter puramente cautelar, y que, por tanto, no prejuzga el fondo de la solicitud de apertura de proceso sancionador administrativo de COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (CLARO), cuyas cuestiones materiales serán decididas cuando se resuelva el fondo del señalado proceso.

SÉPTIMO: DECLARAR que este acto administrativo es de obligado cumplimiento, de conformidad con las disposiciones del artículo 99 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98.

OCTAVO: ORDENAR a la Directora Ejecutiva del INDOTEL la notificación de una copia certificada de esta resolución a las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (CLARO), y ORANGE DOMINICANA, S.A., así como su publicación en el Boletín Oficial y en la página Web que esta institución mantiene en la Internet.”

13. Como consecuencia de lo anterior, el día 14 de septiembre de 2012, la concesionaria **ORANGE** depositó en el **INDOTEL** un Recurso de Reconsideración contra la resolución No. 113-12 en cuya parte petitoria concluía solicitándole a este órgano regulador de las telecomunicaciones, lo siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, ADMITIR como bueno y válido el presente Recurso de Reconsideración por haber sido interpuesto conforme a la ley y en tiempo hábil;

SEGUNDO: En cuanto al fondo tengáis a bien, revocar en su totalidad la Resolución 113-12 de fecha 3 de septiembre del 2012, dictada por el INDOTEL con ocasión de la Solicitud de Medidas Cautelares derivadas del Proceso Administrativo Sancionador cuya apertura solicitó la COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (CLARO) en contra de ORANGE DOMINICANA, S.A., en fecha ocho (8) de agosto del año dos mil doce (2012), en razón de que dicha Resolución, violenta el (sic) aspectos tutelados del debido proceso, protegidos por el artículo 69 de la Constitución de la República; y, porque no se encuentran presentes los requisitos establecidos por la Ley y los principios de derecho aplicables, a los fines de imponer las medidas cautelares y ordenar la Investigación Formal que establece dicha Resolución”.

14. En ese mismo sentido, mediante documento depositado en el **INDOTEL** con fecha 25 de septiembre de 2012, **CLARO** presentó un *“Escrito de Intervención Voluntaria y Réplica a Recurso de Reconsideración interpuesto por ORANGE DOMINICANA, S.A. (ORANGE) contra la Resolución 113-12 dictada por el Consejo Directivo del INDOTEL en fecha 15 de agosto de 2012”*, cuyas conclusiones transcribimos a continuación:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, ADMITIR como buena y válida la presente intervención de CLARO, en ocasión del Recurso de Reconsideración interpuesto por ORANGE DOMINICANA, S.A., contra la Resolución No. 113-12 dictada por el Consejo Directivo del INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL) en fecha 15 de agosto de 2012.

SEGUNDO: De manera previa e incidental, DECLARAR inadmisibles el Recurso de Reconsideración interpuesto por ORANGE DOMINICANA, S.A., contra la Resolución No. 113-12 dictada por el Consejo Directivo del INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL) en fecha 15 de agosto de 2012, por no observar y cumplir con la forma y los plazos establecidos en la ley y las regulaciones vigentes.

TERCERO: De manera subsidiaria, para el supuesto, improbable e hipotético caso de que las conclusiones previas e incidentales no sean acogidas, en cuanto al fondo del asunto, RECHAZAR por improcedente, mal fundado y carente de toda base legal, el Recurso de Reconsideración interpuesto por ORANGE DOMINICANA, S.A., contra la Resolución No. 113-12 dictada por el Consejo Directivo del INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL) en fecha 15 de agosto de 2012 y por vía de consecuencia, confirmar, en todas sus partes, la indicada resolución”.

15. A su vez, en fecha 22 de octubre de 2012, ORANGE depositó en el INDOTEL un documento denominado *“Escrito de Respuestas y Observaciones al escrito de Intervención Voluntaria depositado por COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (“CLARO”) por ante el INDOTEL en fecha 25 de septiembre de 2012, notificado a ORANGE DOMINICANA, S.A.(ORANGE) en fecha 18 de octubre de 2012, con respecto al Recurso de Reconsideración interpuesto por ORANGE contra la Resolución*

Núm. 113-12 dictada por el Consejo Directivo del INDOTEL en fecha 15 de agosto de 2012”, mediante el cual solicitan lo siguiente:

“PRIMERO: Que se rechacen las conclusiones de la COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (CLARO) con ocasión del “Escrito de Intervención Voluntaria y Réplica a Recurso de Reconsideración interpuesto por ORANGE contra la Resolución Núm. 113-12 dictada por el Consejo Directivo del INDOTEL en fecha 15 de agosto de 2012” depositado por CLARO por ante el INDOTEL en fecha 25 de septiembre de 2012, y notificado a ORANGE DOMINICANA, S.A., por parte del INDOTEL, en fecha 18 de octubre de 2012; por improcedente y mal fundado.

SEGUNDO: Que en cuanto al Recurso de Reconsideración interpuesto por ORANGE DOMINICANA, S.A., contra la Resolución No. 113-12 emitida por el INDOTEL en fecha 15 de agosto de 2012 y notificada a ORANGE DOMINICANA, S.A., en fecha 4 de septiembre de 2012, en cuanto a la forma, ADMITIR como bueno y válido el referido Recurso de Reconsideración por haber sido interpuesto conforme a la ley y en tiempo hábil.

TERCERO: En Cuanto al fondo del Recurso de Reconsideración antes descrito tengáis a bien revocar en su totalidad la Resolución Núm. 113-12 de fecha 15 de agosto de 2012, dictada por el INDOTEL con ocasión de la Solicitud de Medidas Cautelares derivadas del Proceso Administrativo Sancionador cuya apertura solicitó la COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A., (CLARO) en contra de ORANGE DOMINICANA, S.A. en fecha ocho (8) de agosto del año dos mil doce (2012), en razón de que dicha Resolución, violenta los aspectos tutelados del debido proceso, protegidos por el artículo 69 de la Constitución de la República; y porque no se encuentran presentes los requisitos establecidos por la Ley y los principios de derecho aplicables , a los fines de imponer las medidas cautelares y ordenar la Investigación Formal que establece dicha Resolución.”

16. En razón de lo anterior, el Consejo Directivo del **INDOTEL** dictó en fecha 22 de noviembre de 2012, la Resolución No. 149-12 “Que conoce el recurso de reconsideración incoado por ORANGE DOMINICANA, S.A., contra la Resolución No. 113-12 de 3 de septiembre de 2012, “*Que ordena la suspensión provisional, como medida cautelar, de la comercialización y publicidad del plan denominado “4G-LTE” por ORANGE DOMINICANA, S. A.” y la intervención voluntaria hecha por COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A., con ocasión del señalado recurso*”, cuyo dispositivo establece lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR bueno y válido, en cuanto a la forma el recurso de reconsideración interpuesto por la concesionaria ORANGE DOMINICANA, S.A., con fecha 14 de septiembre de 2012, contra la resolución No. 113-12 dictada por este Consejo Directivo el 15 de agosto de 2012, por haber sido intentado de conformidad con los plazos y en las formalidades establecidos en los artículos 96 y 97 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98.

SEGUNDO: DECLARAR bueno y válido en cuanto a la forma, y en cuanto al fondo, ACOGER PARCIALMENTE, el escrito de intervención voluntaria del 25 de septiembre de 2012, por COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A., con motivo del recurso de reconsideración interpuesto por ORANGE DOMINICANA, S.A., el 14 de septiembre de 2012, contra la resolución No. 113-12, dictada por este Consejo Directivo el día 15 de agosto de 2012, por las razones expuestas en el cuerpo de esta resolución.

TERCERO: RECHAZAR, en cuanto al fondo, el recurso de reconsideración interpuesto por ORANGE DOMINICANA, S.A., con fecha 14 de septiembre de 2012, contra la Resolución No. 113-12, de este Consejo Directivo por improcedente, mal fundado y carente de base legal, toda vez que dicha resolución no violenta ni atenta contra los derechos constitucionales de esa concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones, en razón de que la misma fue adoptada en el ejercicio de las facultades que la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, le reconoce al INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL) y en cumplimiento de la regulación vigente.

CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE, de oficio, las motivaciones que sustentaron la medida cautelar impuesta mediante resolución No. 113-12 de 15 de agosto de 2012, en torno a una posible vulneración, por lo que la misma se mantendrá únicamente con relación a la existencia de posibles usos irregulares del espectro radioeléctrico y del proceso sancionador administrativo incoado en ese sentido, de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de la presente resolución, estableciendo que en lo adelante la misma se leerá como se establece a continuación:

“TERCERO: DECLARAR que existen indicios de un posible uso irregular del espectro radioeléctrico, en la prestación de los denominados “Cuarta Generación” o “4G LTE” prestados por ORANGE DOMINICANA, S.A., conforme fue explicado en el cuerpo del presente acto administrativo; y, en consecuencia se dispone, con carácter excepcional y a título de medida precautoria, actuando en procura de proteger el interés general, lo siguiente:

A. ORDENAR LA SUSPENSIÓN de la oferta, promoción de venta y publicidad del producto denominado de “Cuarta Generación” o “4G LTE”, prestado por ORANGE DOMINICANA, S.A., así como la venta misma del producto.

Párrafo I: DECLARAR que en lo que se refiere a la difusión de las campañas publicitarias realizadas a través de medios de comunicación tales como radio, televisión, así como Internet, mensajes SMS y otros de igual naturaleza; y lo relativo medios de comunicación IMPRESOS, tales como periódicos, brochures, y otros de igual naturaleza, deberán ser suspendidas de inmediato, con la notificación de la presente resolución.

Párrafo II: DECLARAR que en lo que se refiere a la difusión de las campañas publicitarias realizadas a través de VALLAS, aquellas que ya están desplegadas en la actualidad en el territorio nacional podrán mantenerse; sin que puedan ser instaladas NUEVAS vallas, hasta tanto se produzcan las condiciones establecidas en el literal “B” del presente ordinal “Tercero”.

B. Que la suspensión de actividades de comercialización, promoción y venta del plan denominado “Cuarta Generación” o “4G LTE” prestado por ORANGE DOMINICANA, S.A., se mantendrá hasta tanto sea modificada la presente decisión o hasta tanto sea conocido y fallado el proceso sancionador administrativo por alegado uso irregular de frecuencias del espectro radioeléctrico interpuesto por COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. en contra de ORANGE DOMINICANA, S.A., en fecha 8 de agosto de 2012”.

QUINTO: REVOCAR, en todas sus partes, los ordinales “Cuarto” y “Quinto” del dispositivo de la resolución No. 113-12, dictada por este Consejo Directivo el 15 de agosto de 2012, toda vez que, en razón de lo expuesto en el cuerpo de la presente resolución, dicho proceso de investigación carece de objeto, mientras que la entrega de información y documentación ya fue ejecutada por ORANGE DOMINICANA, S.A.

SEXTO: DECLARAR que esta decisión no prejuzga el fondo del proceso sancionador administrativo interpuesto por COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (CLARO) en contra de ORANGE DOMINICANA, S.A., por alegado uso irregular de frecuencias del espectro radioeléctrico, cuyas cuestiones formales y materiales serán decididas al momento de que este Consejo Directivo se pronuncie sobre el señalado proceso.

SÉPTIMO: DECLARAR que este acto administrativo es de obligado e inmediato cumplimiento, de conformidad con las disposiciones del artículo 99 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98 y los principio generales que rigen el Derecho Administrativo.

OCTAVO: ORDENAR a la Directora Ejecutiva del INDOTEL la notificación de una copia certificada de esta resolución a las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A. (CLARO), y ORANGE DOMINICANA, S.A., así como su publicación en el Boletín Oficial y en la página Web que esta institución mantiene en la Internet.”

17. Finalmente, en fecha 19 de diciembre de 2012, la Directora Ejecutiva remitió a este Consejo Directivo el Memorando Interno No. DE-000128-1, contentivo de un *“Informe sobre la pertinencia de la “Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo interpuesta por Compañía Dominicana de Teléfonos, S.A. (CLARO), en contra de ORANGE DOMINICANA, S.A., por alegada*

comisión de faltas administrativas en la prestación del servicio denominado de “Cuarta Generación”(4G-LTE)”, cuyas recomendaciones son las siguientes:

PRIMERO: Rechazar la Solicitud de Apertura de un Proceso Sancionador Administrativo en contra de ORANGE, en razón de que tal como se ha expuesto, no hemos encontrado indicios de que dicha concesionaria haya cometido alguna de las faltas administrativas denunciadas por CLARO. En nuestra opinión las conductas irregulares enunciadas por la solicitante no constituyen ilícitos administrativos, sino que requieren acciones técnicas correctivas por parte del INDOTEL, por lo que procede poner fin a dicho proceso a través de un acto administrativo.

SEGUNDO: Acoger la opinión contenida en el presente informe de la Dirección Ejecutiva, en el mismo sentido de que no procede aperturar un Proceso Sancionador Administrativo puesto que no hemos encontrado indicios de que ORANGE DOMINICANA, S. A. haya cometido la práctica anticompetitiva o de competencia desleal denunciada por CLARO en su Solicitud de Apertura Proceso Sancionador Administrativo.

TERCERO: Analizar la conveniencia de que mediante acto administrativo separado se ordene, como medida correctiva, la migración de ORANGE de 1815-1825 MHz a 2120-2130 MHz con todas las implicaciones que ello conllevaría en materia de asignación y uso de dichas frecuencias hasta que se haga efectiva la licitación internacional de espectro radioeléctrico, de cuyos trabajos previos se encuentra apoderado ese Consejo Directivo.

CUARTO: En caso de levantarse la suspensión de la oferta, promoción y venta del servicio denominado comercialmente “4G”, recomendamos tomar en consideración los riesgos que puede implicar la expansión de la red en las frecuencias que luego serán objeto de migración, de cara al proceso de Licitación Pública Internacional sobre el cual el Consejo Directivo está abocado a conocer y tomar decisiones previo a la ejecución de dicho proceso. Por ello recomendamos analizar la posible limitación de la prestación del servicio, conforme fue expresado por ORANGE en su comunicación del 3 de julio de 2012.”

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

CONSIDERANDO: Que el Consejo Directivo de este **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)**, ha sido apoderado de una solicitud de apertura de proceso sancionador administrativo, incoado por la concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones **CLARO** en contra de la también concesionaria **ORANGE**, en fecha 8 de agosto de 2012, por alegada comisión de ilícitos administrativos en la prestación de los servicios de Internet móvil denominados “4G-LTE”;

CONSIDERANDO: Que el **INDOTEL**, a tenor del artículo 141 de la Constitución, es un organismo autónomo y descentralizado del Estado creado por la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, con el objetivo de regular y supervisar el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones en nuestro país, en aplicación de las disposiciones contenidas en nuestra Carta Magna, la cual establece en su artículo 147.3 que: “*La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado. La ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentre a cargo de organismos creados para tales fines*”, por lo que a través de la precitada ley, el Estado ha delegado en el **INDOTEL** la regulación del sector de las telecomunicaciones;

CONSIDERANDO: Que previo a iniciar el conocimiento del presente proceso, conforme a los principios generales del derecho, este Consejo Directivo debe analizar si posee competencia para decir sobre el presente caso, en el cual se plantea el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en función de la existencia de un conflicto entre dos sujetos regulados por el **INDOTEL**, del cual fue apoderado en virtud de la potestad dirimente del mismo;

CONSIDERANDO: Que en razón de lo anterior y tomando en consideración que el presente proceso administrativo sancionador tiene como objeto determinar si realmente una concesionaria ha incurrido en violaciones o no, tanto de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98 como de la reglamentación que la desarrolla y de varias resoluciones dictadas por este órgano regulador, este Consejo Directivo se encuentra investido de la habilitación competencial requerida para decidir el mismo, en virtud de lo establecido por el artículo 78 de la Ley General de Telecomunicaciones, que enuncia las funciones del **INDOTEL**, específicamente las dispuestas por los literales “g” y “k” del mismo, a saber:

- “g) *Dirimir, de acuerdo a los principios de la presente ley y sus reglamentaciones y en resguardo del interés público, los diferendos que pudieran surgir entre los prestadores de servicios de telecomunicaciones entre sí y con sus clientes o usuarios*” [...];
- k) Aplicar el régimen sancionador ante la comisión de faltas administrativas previstas en la presente ley y sus reglamentos [...];

CONSIDERANDO: Que de forma particular el literal “k” del artículo 78, anteriormente transcrito, consagra la potestad sancionadora del órgano regulador de las telecomunicaciones, facultad de la administración que debe ser expresamente reconocida por ley como lo hace la **LGT**¹ para el caso del **INDOTEL** y cuyo fundamento constitucional se encuentra consagrado en el artículo 40 numeral 17² de la Carta Magna;

CONSIDERANDO: Que la potestad sancionadora es una atribución propia de la Administración que abre la acción punitiva de la misma, traduciéndose en la posibilidad jurídica de imponer sanciones a los administrados, todo dentro del marco de su competencia³;

CONSIDERANDO: Que en el presente caso es importante establecer que, al no existir un procedimiento especial establecido para sancionar las faltas administrativas que se ventilan en el proceso, este Consejo Directivo se auxiliará de varios de los principios generales de carácter constitucional aplicables a esta materia, como lo son el de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, entre otros, a los cuales se hará acopio en lo adelante;

CONSIDERANDO: Que en razón de lo anterior y de los principios constitucionales vigentes el **INDOTEL** tiene la obligación de respetar el derecho de defensa y el debido proceso de las partes que participan en el presente proceso, de acuerdo con lo que dispone el artículo 69.10 de la Constitución de la República y los artículos 78, literal “h” y 92.2 de la Ley General de las Telecomunicaciones, No. 153-98, en el desarrollo de los procesos sancionadores administrativos que ejecute, en virtud de sus potestades legales;

¹ Los artículos 77 y 78 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98 recogen el principio de la “*Potestad de Autotutela Administrativa*”, que consiste en aquella parte de la actividad administrativa a través de la cual la Administración Pública procede a resolver, por sí misma, los conflictos potenciales o actuales que surgen con otros sujetos en relación con sus propios actos o pretensiones; esto es, en definitiva, la capacidad de hacerse justicia por sí misma. Cfr. BARCELONA LLOP, Javier, “*Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, p. 94

² “Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal: Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

[...] 17) En el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad”.

³ OSSA ARBELÁEZ, Jaime, “*Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una Teoría General y una Aproximación para su Autonomía*”, Legis Editores, S.A. Colombia, 2000, p. 126

CONSIDERANDO: Que en cumplimiento del mandato anterior, el **INDOTEL** ha permitido a ambas partes presentar los argumentos que sustentan las presunciones de cada uno en el presente proceso, por lo cual **CLARO** ha presentado una serie de conductas alegadamente atentatorias a la normativa en materia de telecomunicaciones, mientras que **ORANGE** ha presentado los argumentos de defensa que a su juicio comprueban la improcedencia de las denuncias presentadas por su competidora, por lo que este Consejo Directivo procederá a seguidas a hacer una breve síntesis de ambas posiciones;

CONSIDERANDO: Que previo al conocimiento de los argumentos de fondo que conforman el presente asunto, este Consejo Directivo debe ponderar el pedimento incidental formulado por **ORANGE** en su Escrito de Defensa, mediante el cual solicitan que se *“Declare irregular el apoderamiento del Consejo Directivo por tratarse de una Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo sin que exista previamente un proceso administrativo inquisidor abierto o culminado en base a las conductas de los artículo 105, literales a) y d). y 106 literal b) a petición de la solicitante o de oficio por el órgano, contra ORANGE a los fines de salvaguardar, respetar y tutelar el debido proceso administrativo que le asiste a la interpelada”*;

CONSIDERANDO: Que con relación a los argumentos que motivan el pedimento incidental formulado por **ORANGE**, es preciso aclarar que el Proceso Sancionador Administrativo que nos ocupa no fue iniciado de oficio por este órgano regulador, sino que es una solicitud de apertura interpuesta por otra concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones la cual será decidida mediante el presente acto administrativo a los fines de determinar si procede o no la instrumentación del mismo, razón por la cual resulta improcedente, en consecuencia, la solicitud de declaración de apoderamiento irregular y archivo realizada por **ORANGE**, sin necesidad de hacerlo constar en el dispositivo de la presente resolución;

CONSIDERANDO: Que, como fundamento de la presente Solicitud de Apertura de Proceso Sancionador Administrativo, **CLARO** establece como argumentos de fondo que sustentan la misma, que **ORANGE** *“ha llevado a cabo acciones y conductas que contravienen disposiciones contenidas en la LGT, los reglamentos que la desarrollan y a varias resoluciones dictadas por este órgano regulador, al lanzar al mercado la oferta de servicios móviles denominados de “Cuarta Generación” mediante el uso de la tecnología LTE, tipificándose faltas o ilícitos administrativos previstos por el marco legal de las telecomunicaciones, que conllevan el ejercicio de la facultad sancionadora de la Administración, así como la adopción de las medidas correctivas de lugar, imponiendo las multas previstas en la ley por lo que solicita el cese inmediato de las conductas que tipifican las faltas administrativas denunciadas”*;

CONSIDERANDO: Que, en resumen, las denuncias señaladas por **CLARO** en contra de **ORANGE** son las siguientes:

“- El pareo que utiliza **ORANGE** de la banda de los 1720-1730 MHz con la banda de los 1815-1825 MHz para el referido servicio de 4G, revela un uso incorrecto e ineficiente del espectro radioeléctrico, que de manera específica había prohibido el **INDOTEL**.

-Que lo anterior constituye una violación al **PNAF** aprobado mediante Decreto No. 520-11, pues este dispone que la banda de los 1710-1755 va pareada con la banda 2110-2155MHz y están atribuidas para el servicio móvil tal y como lo establece la Nota DOM46 del PNAF.

-**ORANGE** no podía manipular las disposiciones de la Resolución No. 037-11, para prestar el servicio en aquellas frecuencias en las cuales ni siquiera un uso provisional para servicios móviles le había sido concedido.

-**ORANGE** se ha dedicado a desarrollar nuevas redes de tecnología sobre frecuencias que se encuentran en fase de licitación, atentando contra el desarrollo exitoso de dicho proceso, tal y como le advirtió el **INDOTEL** a **ORANGE** en su comunicación de fecha 16 de julio de 2012.

-**ORANGE** ha lanzado el servicio 4G-LTE, que es una ventaja competitiva adquirida frente a sus competidores, como lo es **CLARO**, mediante la infracción de varias normas jurídicas que ya han sido señaladas precedentemente, tales como, ley de telecomunicaciones, resoluciones del **INDOTEL** y **PNAF**.

-Que, en resumen, **ORANGE** brinda un servicio para el cual no se encuentra autorizada, además de que utiliza la asignación de un espectro radioeléctrico para atribuciones que no le han sido otorgadas. Su infracción a la norma jurídica y la ventaja competitiva que ello supone son palpables y afectan en forma clara y directa a **CLARO**.”

CONSIDERANDO: Que, por su parte, los argumentos de defensa de **ORANGE** frente a la solicitud de procedimiento sancionador administrativo, se resumen en los que citamos a continuación:

“-El real interés de la solicitante detrás de su accionar, no es otro, sino invertir ex post facto la situación jurídica que propició el mismo **INDOTEL** a través de su actividad regulatoria datada de casi una década; muestra de esta actividad es la comunicación marcada con el No. 042809 de fecha 16 de junio de 2004, mediante la cual el **INDOTEL** le notificó a **ORANGE**, en referencia a la Resolución No. 007-04, sobre aprobación de cesión de frecuencias entre **TRICOM, S.A.**, y **ORANGE**, el listado de los segmentos de frecuencias seleccionadas previamente por **ORANGE** que cumplían con las características deseadas, relativas a la facultad de propagación para los servicios previstos en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (**PNAF**).

-Que el hecho jurídico procesal mediante el cual fue restablecida la titularidad y el derecho de uso a favor **ORANGE** de las frecuencias “Desde 1720 MHz hasta 1730 MHz en uplink y desde 1815 MHz hasta 1825 MHz en downlink”, por efecto de los literales D, E y F del numeral Cuarto de la misma, así modificados por la Resolución 037-11 (sic).

-La limitación que importa este hecho decisivo del **INDOTEL**, a las pretensiones de **CLARO**, recae sobre improcedencia del uso de los artículos 105.D y 106.B de la Ley No. 153-98 por la alegada falta de titularidad o autorización de uso de tales frecuencias, ya que, sin lugar a dudas, hasta tanto no culmine el proceso de licitación y el posterior proceso de migración dispuesto por la Resolución 057-11, se encuentra vigente el acto que constituye el derecho, a saber, la Resolución 007-04 por vía de la 037-11.”

-Que la comunicación del **INDOTEL** de fecha 16 de julio de 2012, No. 12007521 no puede bajo ningún concepto asimilarse a un oficio resultado de un proceso razonado ni instrumentado sobre determinación de infracciones administrativas [...] El **INDOTEL** simplemente señalaba que existe un proceso de licitación y que dichas frecuencias se encuentran dentro de la misma, lo cual, nada tiene de prosecución o de interpelación.”

CONSIDERANDO: Que al analizar los argumentos de fondo de la instancia de apertura de Proceso Sancionador Administrativo es preciso, en primer lugar, determinar si existe una falta administrativa imputable a **ORANGE**, y en segundo lugar, la gravedad de dicha falta en caso de que se compruebe la imputación, por lo que en lo adelante el Consejo Directivo procederá a analizar todas y cada una de las conductas denunciadas, tomando en consideración el análisis técnico-jurídico y las recomendaciones contenidas en el informe rendido por la Directora Ejecutiva en fecha 19 de diciembre de 2012, al efecto.

a. Con relación a la supuesta comisión de las faltas de los artículo 105 literal “d” y 106 literal “b” de la LGT.

CONSIDERANDO: Que **CLARO** plantea en su solicitud de Proceso Sancionador Administrativo, que **ORANGE** se encuentra violando los artículos 105 literal “d”⁴ y 106 literal “b”⁵ de la Ley No. 153-98,

⁴ La prestación de servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente concesión, licencia o inscripción

⁵ La utilización del dominio público del espectro radioelectrónico sin la correspondiente licencia o el uso de frecuencias distintas a las autorizadas

que establecen como falta muy grave y grave, respectivamente, la prestación de servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente concesión, licencia o inscripción; y la utilización del dominio público del espectro radioeléctrico sin la correspondiente licencia o el uso de frecuencias distintas a las autorizadas;

CONSIDERANDO: Que contrario a lo establecido por la denunciante, **ORANGE** cuenta con una concesión otorgada por el Estado Dominicano para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo telefonía y datos, sin limitación del tipo de tecnología⁶; la cual fue sometida al proceso de adecuación dispuesto en el artículo 119 de la **LGT** que debía realizársele a todas las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma, siendo la misma aprobada mediante Resolución 186-06, dictada por el Consejo Directivo del **INDOTEL** con fecha 11 de octubre de 2006;

CONSIDERANDO: Que en adición a lo anterior y tratando de manera específica *la titularidad de las frecuencias* que se encuentra utilizando **ORANGE** para prestar el servicio denominado “4G-LTE”, a saber, las comprendidas en los rangos de 1720–1730 MHz y 1815–1825 MHz, es importante destacar que las mismas provienen de la adquisición derechos a **TRICOM DOMINICANA, S.A.**, la cual fue aprobada mediante Resolución No. 007-04, dictada por el Consejo Directivo del **INDOTEL** con fecha 30 de enero de 2004; Dichas frecuencias fueron reorganizadas en dos bloques continuos de 1720-1730 MHz y 1815-1825 MHz, mediante los oficios Nos. 042273 y 042809 del Director Ejecutivo del **INDOTEL**, con fechas 20 de mayo de 2004 y 16 de junio de 2004, respectivamente, los cuales también le autorizaban a utilizarlas para prestar servicios móviles en todo el territorio nacional, por lo que no se tipifica la falta de prestación de servicios sin la debida concesión o licencia;

CONSIDERANDO: Que tomando en cuenta que el **PNAF** contempla dichas frecuencias para la prestación del servicio móvil, tampoco se puede establecer que existe una falta derivada del uso de dichas frecuencias como se encuentra haciendo **ORANGE**, ya que se están usando para fines móviles, tal y como fueron atribuidas en el **PNAF**;

b. Con relación a la supuesta violación al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.

CONSIDERANDO: Que **CLARO** establece en su solicitud que el **pareo** que hace **ORANGE** de las frecuencias antes señaladas y que utiliza para prestar el servicio de “4G-LTE”, revela un uso incorrecto e ineficiente del espectro radioeléctrico que transgrede abiertamente el **PNAF** específicamente la Nota DOM46⁷;

CONSIDERANDO: Que del análisis técnico de tal imputación, este Consejo Directivo es de la opinión de que, si bien es cierto que resulta ineficiente el uso de un segmento de la banda 1700 MHz pareada con 1800 MHz, toda vez que el **PNAF** ha establecido que la banda 1700 MHz se utilizará pareada con 2100 MHz, no menos cierto es que dicha condición de aparente desapego al **PNAF** en la que se encuentra **ORANGE** respecto de estas frecuencias resulta similar a la de los demás licenciarios afectados por los cambios realizados en el 2011 por dicho instrumento; en consecuencia, dicha situación será normalizada una vez el **INDOTEL** inicie los trabajos de migración de dichas

⁶ Mediante Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Dominicano y la empresa Transmisiones y Proyecciones, S.A., de fecha 13 de agosto de 1996, se autorizó a dicha empresa a operar y prestar servicios de telecomunicaciones en todo el territorio de la República Dominicana. Posteriormente mediante Resolución No. 3-00, dictada por el Consejo Directivo del **INDOTEL** en fecha 3 de marzo de 2000, este órgano regulador autorizó la transferencia de acciones realizada entre Transmisiones y Proyecciones, S.A., y la sociedad comercial France Telecom, S.A., por lo que luego de agotar el trámite correspondiente dicha empresa adquirió el control accionario de la empresa de la titular de la concesión otorgada por el Estado Dominicano en el año 1996

⁷ DOM46 Las bandas 1710-1755 MHz y 21 10-2155 están atribuidas para el servicio móvil.

autorizaciones a otros segmentos del espectro radioeléctrico donde pueda continuarse prestando el mismo servicio autorizado con el pareo adecuado;

CONSIDERANDO: Que tomando en consideración la idea anterior es preciso destacar que las modificaciones al **PNAF** crean situaciones complejas para el regulador y los usuarios del espectro, y que es por eso que dicho instrumento establece plazos para las migraciones con el objeto de no impedir el funcionamiento de los servicios afectados; sin embargo, lo ocurrido en este caso particular es que durante este período es que **ORANGE** ha desplegado nuevas tecnologías y lanzado nuevos productos utilizando dichas frecuencias;

CONSIDERANDO: Que aunque el objetivo del **INDOTEL** no es paralizar las actividades propias de las prestadoras afectadas por los cambios al **PNAF**, se debe reconocer que se dificulta la administración del espectro cuando durante la transición de atribuciones el usuario intensifica la explotación de una frecuencia en forma contraria a la nueva atribución, como es el caso de **ORANGE** y el pareo de 1700 con 1800 MHz, pues los equipos e inversiones tendrán que ser migrados, con lo que se limita su vida económica útil, y se vuelve un gran riesgo que va más allá de los perjuicios económicos que busca prevenir y minimizar el **PNAF** y que podría eventualmente afectar a cientos o miles de usuarios de dicha concesionaria, aunque en la actualidad dicha actuación no constituya una conducta antijurídica ni puede retenerse como un ilícito imputable a **ORANGE**;

c. Con relación a la supuesta violación la Resolución No. 037-11, del 4 de mayo de 2011.

CONSIDERANDO: Que según la interpretación que hace **CLARO** de la citada resolución, los servicios que **ORANGE** ofrece denominados "4G-LTE" *debían esperar a que el INDOTEL llevase a cabo el proceso de licitación* de las frecuencias correspondientes;

CONSIDERANDO: Que sin embargo, con relación a este punto es importante señalar que la restricción establecida en el ordinal "Tercero"⁸ de la Resolución No. 037-11 sobre la introducción de servicios, tecnologías o estándares no existentes en el país al momento de la atribución provisional concedida, de manera especial a aquellas conocidas como estándares de Cuarta Generación, **sólo se refiere a las frecuencias comprendidas entre 895–915 MHz y 943.8–950.0 MHz;**

CONSIDERANDO: Que con relación a las frecuencias de **ORANGE** en las bandas de los 1700 y 1800 MHz dicha resolución dispone en el ordinal "Cuarto" que las asignaciones previas a la Resolución No. 074-10 de fecha 15 de junio de 2010, se mantengan hasta que *"se apruebe el PNAF, instrumento que dispondrá las normalizaciones correspondientes mediante los actos administrativos pertinentes"*, siendo parte de los actos administrativos pertinentes, tanto el Plan de Migración de dichas frecuencias, así como la Licitación Pública Internacional de espectro radioeléctrico LPI-003-2011; por lo que **ORANGE**, al igual que cualquier otra empresa afectada por el cambio en el **PNAF**, está sujeta a las actuaciones pendientes del **INDOTEL** para regularizar su uso del espectro y en la actualidad no se encuentra trasgrediendo dicho acto administrativo;

⁸“TERCERO: DECLARAR que la presente resolución es adoptada preservando expresamente, a favor de ORANGE DOMINICANA, S.A., el derecho de prestar los servicios de telefonía móvil y acceso a Internet que provee en la actualidad ésta última sobre las frecuencias comprendidas entre los 895-915 MHz y 943.800-950 MHz, dentro del ámbito de las autorizaciones provisionales emitidas por este órgano regulador con anterioridad a la Resolución No. 074-10, sin que este derecho de uso pueda extenderse a servicios, tecnologías o estándares no existentes en el país al momento de la atribución provisional concedida, de manera especial a aquellas conocidas como estándares de Cuarta Generación, quedando dichas autorizaciones prorrogadas, en las condiciones indicadas en el presente ordinal, hasta tanto se realice la asignación definitiva de dichos segmento a través del proceso de licitación correspondiente, con posterioridad a la aprobación definitiva del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) por el Poder Ejecutivo”.

d. Con relación a la supuesta violación a las Resolución No. 109-11, del 17 de octubre de 2011.

CONSIDERANDO: Que **CLARO** plantea que **ORANGE** violó el contenido de dos “considerandos” que motivan la resolución que aprueba las condiciones del pliego de la Licitación Pública Internacional de espectro radioeléctrico LPI-003-2011; alegando en primer lugar el *considerando* que establece que **INDOTEL** identificó la banda 1700 MHz pareada con 2100 MHz como la idónea para el despliegue de tecnologías de Cuarta Generación y en segundo lugar, el *considerando* que se refiere a la segmentación de la banda en cuatro bloques, a los fines de la licitación, permitiendo utilizar el espectro de manera más eficiente, agregando además que luego de iniciarse la licitación **ORANGE** ha desarrollado nuevas redes sobre frecuencias que se encuentran involucradas en el proceso de la misma, atentando contra el desarrollo exitoso de dicho proceso;

CONSIDERANDO: Que sobre estos argumentos es importante destacar que ciertamente, las frecuencias 1710–1755 MHz pareadas con 2110–2155 MHz fueron atribuidas al servicio móvil mediante la nota DOM46 del **PNAF** por considerarse las más convenientes para el despliegue de nuevas redes para este servicio y que de igual modo, como agrega **CLARO**, las bandas fueron segmentadas en bloques para hacer más eficiente el uso del espectro; es en razón del riesgo que implica para la Licitación Pública Internacional el despliegue de nuevas redes en las frecuencias que son sujetas de asignación mediante dicho proceso, que coincidimos con lo planteado por la Dirección Ejecutiva del **INDOTEL** en la comunicación enviada a **ORANGE** el 16 de julio de 2012 cuando menciona el riesgo eventual que puede constituir dichas actuaciones;

CONSIDERANDO: Que sin embargo, en cuanto a este punto, aunque las actuaciones de **ORANGE DOMINICANA** en este sentido no constituyen una falta de las tipificadas en la **LGT**, y que por consiguiente lo anterior no puede acarrear la imposición de una sanción administrativa en su contra, es importante establecer que la decisión de dicha concesionaria de prestar un servicio utilizando un pareo distinto al establecido en el **PNAF**, justificándola en la suspensión de la Licitación Pública de espectro radioeléctrico, es una conducta técnicamente reprochable, tomando en consideración que ésta participó en todas las reuniones y estuvo de acuerdo en todas las discusiones técnicas realizadas en el marco de los trabajos preparatorios tendentes a la aprobación de dicho instrumento regulatorio, por lo que era consciente de los riesgos técnicos de su decisión;

e. Con relación a la supuesta violación las Resoluciones No. 057-11, con fecha 30 de junio de 2011 y 064-11 con fecha 20 de julio de 2011.

CONSIDERANDO: Que en este punto es importante recordar que la Resolución No. 057-11 es la que establece los *criterios generales que regirán la ejecución de los planes de migración* a ser realizados con motivo de la modificación del **PNAF** y establece en uno de sus considerandos que el proyecto de dicho instrumento puesto en consulta pública mediante la Resolución No. 064-11 propone la atribución a nivel primario, entre otras, de las frecuencias comprendidas en el segmento 1755–1850 MHz para que a largo plazo se permita en la prestación del servicio móvil, en adición a su atribución actual; según el **PNAF**, el largo plazo⁹ es un periodo mayor de 5 años;

CONSIDERANDO: Que dentro de las conductas denunciadas por **CLARO** ésta establece que lo correcto es que **INDOTEL** lleve a cabo un plan de despeje de esas frecuencias identificadas para el servicio móvil, a largo plazo, para futuras licitaciones; y con relación a ese planteamiento entendemos que, en efecto, el **PNAF** identificó las frecuencias 1755–1850 MHz para ser usadas por el servicio móvil a largo plazo y es por eso que no fueron consideradas para la LPI-003-2011, por lo que los

⁹ Artículo 43 del PNAF.

usuarios de ese segmento de frecuencias podrán continuar operando como hasta el momento, pero con el conocimiento de que a largo plazo deberán ser migrados a otra porción del espectro radioeléctrico donde puedan continuar operando dichos servicios;

CONSIDERANDO: Que en el caso particular que nos ocupa y de cara a la situación de **ORANGE**, para mantener el uso de su asignación en la banda de 1710-1755 MHz (cuyo cambio de atribución debe hacerse *en el corto plazo*), deberá usar la banda de la frecuencia que le corresponda en la banda 2110-2155 MHz despejando la frecuencia asignada en la banda de 1800 MHz, sin embargo el hecho de que **ORANGE** utilice las frecuencias que posee en esta última banda *antes y durante* el proceso de migración, no constituye una falta de cara a la normativa aplicable;

f. Con relación a la supuesta violación al Reglamento de Uso del Espectro Radioeléctrico.

CONSIDERANDO: Que sobre esta imputación es preciso aclarar que aunque **CLARO** introdujo esta violación en su petitorio, la misma no fue desarrollada en el cuerpo de su Solicitud de Apertura de Proceso Sancionador Administrativo en contra de **ORANGE** y que ni siquiera estableció cuáles son las disposiciones de dicho reglamento que alega están siendo infringidas por esa concesionaria, o qué conducta atenta contra el mismo, por lo que nos es imposible analizar esta imputación que **es una simple enunciación** de la solicitante;

g. Con relación a la supuesta comisión de la falta del artículo 105 literal “a”.

CONSIDERANDO: Que **CLARO** establece en su denuncia que producto de las supuestas violaciones que se encuentra haciendo **ORANGE**, tanto de la **LGT** como de varios instrumentos regulatorios y resoluciones dictadas por el Consejo Directivo del **INDOTEL**, se tipifica la conducta establecida en el artículo 17 literal “k” del Reglamento de Libre y Leal Competencia, el cual establece que constituye una práctica de competencia desleal “*La efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica*”; en razón de que se encuentra ofreciendo el servicio denominado “4G-LTE” producto de todas las violaciones denunciadas, constituyendo un acto de competencia desleal contra las demás prestadoras y que esto constituye a su vez una práctica restrictiva de la competencia a tenor de lo establecido en el artículo 105 literal “a” de la **LGT**;

CONSIDERANDO: Que con respecto a esa imputación es preciso aclarar que la conducta tipificada en el precitado artículo solo constituye un ilícito cuando se puede comprobar la violación de una normativa por una concesionaria la cual tiene como resultado la comisión de una falta; sin embargo, en el caso que nos ocupa, del análisis de todas las conductas denunciadas no se ha retenido falta imputable a **ORANGE** por lo cual la conducta denunciada por **CLARO** no se encuentra configurada y procede también desechar tal imputación;

CONSIDERANDO: Que en razón del análisis técnico jurídico anteriormente expuesto de todas las conductas que le fueron imputadas por **CLARO** a **ORANGE**, este Consejo Directivo es de criterio que no se puede establecer la comisión de una falta a cargo de esta última, pues sus actuaciones no tipifican ninguna de las faltas establecidas en los artículos del 105 al 107 de la **LGT**, razón por la cual procede rechazar el Proceso Sancionador Administrativo que nos ocupa por improcedente, tal y como se hará constar en el dispositivo de esta resolución;

CONSIDERANDO: Que sin embargo, tal y como se estableció anteriormente, ha sido comprobado que el pareo de las frecuencias de 1700 MHz con las de 1800 MHz que actualmente se encuentra realizando **ORANGE** y que no se encuentra acorde al DOM46 del **PNAF** aunque no constituye un ilícito ni una conducta imputable a ésta, resulta perjudicial ante un proceso de licitación y migración inminente por los motivos anteriormente expuestos; que el escenario configurado por dicha

concesionaria exige que este órgano regulador en su condición de administrador del espectro radioeléctrico tome medidas de cara a evitar que dicha decisión comercial pueda causar algún inconveniente a futuro, tanto para el uso eficiente de ese bien escaso como a los usuarios que contraten dicho servicio;

CONSIDERANDO: Que en razón de lo anterior, este órgano regulador es de criterio que mientras no se realice el proceso de Licitación Pública Internacional de espectro radioeléctrico a cuya ejecución se encuentra abocado el Consejo Directivo así como a los procesos de migración derivados de éste, la prestación del servicio de internet móvil de **ORANGE** denominado de Cuarta Generación o “4G-LTE” deberá estar sometido a ciertas condiciones y limitaciones derivadas de la consideración de que resulta sano y razonable limitar el mismo a lo establecido por dicha prestadora en la comunicación remitida a este órgano regulador en fecha 3 de julio de 2012, en la que se indica que dicho proyecto “*estará enfocado en un principio en 5 clusters en la Capital, en los sectores de Los Cacicazgos, Bella Vista, Piantini, Naco y Mirador, con planes de expandir a toda la geografía nacional una vez concluido el proceso de licitación que nos permita adquirir las frecuencias necesarias para ejecutar este ambicioso proyecto*”¹⁰. Asimismo este Consejo Directivo entiende conveniente limitar la prestación del mismo a través de modem USB para acceso inalámbrico a Internet, tal y como era comercializado por dicha empresa con anterioridad a la suspensión de la comercialización del mismo mediante la Resolución No. 113-12;

CONSIDERANDO: Que tomando en consideración que la Resolución No. 149-12 de fecha 22 de noviembre de 2012, que modificó parcialmente la Resolución No. 113-12 de fecha 15 de agosto de 2012, establece que el efecto de la medida cautelar ordenada mediante la misma se mantendría hasta tanto se decidiera el fondo del Proceso Sancionador Administrativo interpuesto por **CLARO** en contra de **ORANGE** y habiendo sido el mismo concluido mediante el presente acto administrativo, procede dejar ambas resoluciones sin efecto por carecer ya de objeto, sin necesidad de hacerlo constar en el dispositivo de la presente resolución;

VISTA: La Constitución de la República promulgada el 20 de enero de 2010;

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

VISTO: El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, aprobado mediante Decreto No. 520-11 del 25 de agosto de 2011;

VISTO: El Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones;

VISTO: El Reglamento para el Uso del Espectro Radioeléctrico;

VISTA: La Resolución No. 037-11 de fecha 4 de mayo de 2011;

VISTA: La Resolución No. 057-11 de fecha 30 de junio de 2011;

VISTA: La Resolución No. 064-11 de fecha 20 de julio de 2011;

VISTA: La Resolución No. 109-11 de fecha 17 de octubre de 2011;

VISTA: La “*Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo y Aplicación de las Sanciones correspondientes*”, depositada por COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A., en fecha 8 de agosto de 2012;

¹⁰ Resaltado y subrayado nuestro.

VISTO: El Escrito de Defensa con relación a la Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo depositada por ORANGE DOMINICANA, S.A., en fecha 15 de agosto de 2012;

VISTO: El Memorando Interno No. DE-000128-1, contentivo de un *“Informe sobre la pertinencia de la Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo interpuesta por Compañía Dominicana de Teléfonos, S.A. (CLARO), en contra de ORANGE DOMINICANA, S.A., por alegada comisión de faltas administrativas en la prestación del servicio denominado de “Cuarta Generación” (4G-LTE), de fecha 19 de diciembre 2012.*

VISTAS: Las demás piezas que conforman el expediente de que se trata.

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

RESUELVE:

PRIMERO: En cuanto a la forma, **ACoger** como buena y válida la Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo y Aplicación de Sanciones interpuesta por **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A.**, en contra de **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, por alegada violación de los artículos 105 literales “a” y “d” y 106 literal “b” de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, así como a la DOM 46 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), al Reglamento de Uso del Espectro Radioeléctrico, el artículo 17 literal “k” del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el sector de las telecomunicaciones y a las Resoluciones Nos. 037-11 de fecha 4 de mayo de 2011, 057-11 de fecha 30 de junio del 2011, 064-11 del 26 de julio de 2011 y 109-11 de fecha 17 de octubre del 2011, por haber sido interpuesta de acuerdo con las previsiones legales aplicables a este tipo de procesos.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, **RECHAZAR** en todas sus partes Solicitud de Apertura de Procedimiento Sancionador Administrativo y Aplicación de Sanciones interpuesta por **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S.A.**, en contra de **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, por alegada violación de los artículos 105 literales “a” y “d” y 106 literal “b” de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, así como a la DOM 46 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), al Reglamento de Uso del Espectro Radioeléctrico, el artículo 17 literal “k” del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el sector de las telecomunicaciones y a las Resoluciones Nos. 037-11 de fecha 4 de mayo de 2011, 057-11 de fecha 30 de junio del 2011, 064-11 del 26 de julio de 2011 y 109-11 de fecha 17 de octubre del 2011, por no haberse identificado la comisión, por parte de **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, de ninguno de los ilícitos administrativos denunciados, ni la violación de los actos administrativos anteriormente descritos, tal y como fue analizado y detallado en el cuerpo de la presente resolución.

TERCERO: AUTORIZAR a **ORANGE DOMINICANA, S.A.** la comercialización del servicio denominado “4G-LTE”, usando las frecuencias de 1720-1730 MHz pareada con 1815-1825 MHz, hasta tanto sea concluida la Licitación Pública Internacional de espectro radioeléctrico, sujeto a las condiciones que se describen a continuación: **A)** Que este servicio sea ofrecido únicamente mediante el dispositivo modem USB para acceso inalámbrico a Internet, y **B)** Que el mismo se limite exclusivamente a los cinco (5) sectores geográficos del Distrito Nacional en los que dicha empresa inició su proyecto, tal y como estableció en la comunicación remitida a este órgano regulador el 3 de julio de 2012 con respecto a la expansión previo a la conclusión del proceso de licitación, a saber, en Los Cacicazgos, Bella Vista, Piantini, Naco y Mirador.

CUARTO: DECLARAR que este acto administrativo es de obligado e inmediato cumplimiento, de conformidad con las disposiciones del artículo 99 de la Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98 y los principios generales que rigen el Derecho Administrativo.

QUINTO: ORDENAR a la Directora Ejecutiva del **INDOTEL** la notificación de una copia certificada de esta resolución a las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, S. A. (CLARO)**, y **ORANGE DOMINICANA, S. A.**, así como su publicación en el Boletín Oficial y en la página Web que esta institución mantiene en la Internet.

Así ha sido aprobada, adoptada y firmada la presente Resolución a unanimidad de votos del Consejo Directivo del **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)**, haciéndose constar el **voto concurrente** del Consejero Roberto Despradel **únicamente** en las disposiciones identificadas en el acta de la sesión en la que se fue dictada la presente resolución. En la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día veinte (20) del mes de diciembre del año dos mil doce (2012).

Firmados:

Carlos Amarante Baret
Presidente del Consejo Directivo

Temístocles Montás
Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo
Miembro Ex Oficio del Consejo Directivo

Nelson Guillén Bello
Miembro del Consejo Directivo

Roberto Despradel
Miembro del Consejo Directivo

Juan Antonio Delgado
Miembro del Consejo Directivo

Teresita Bencosme de Ureña
Directora Ejecutiva
Secretaria del Consejo Directivo