República Dominicana
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EN NOMBRE DE LA REPUBLICA

SENTENCIA TC/0021/13

Referencia: Expediente No. TC-01-2012-0008, relativo a la acción directa en inconstitucionalidad interpuesta por la sociedad Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., contra la Resolución No. 190/ 11, del veintitrés (23) de julio de dos mil once (2011), que aprobó el Contrato de Concesión Administrativa en Régimen de Peaje suscrito entre el Estado dominicano y Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

En el municipio de Santo Domingo Oeste, provincia de Santo Domingo, República Dominicana, a los seis (6) días del mes de marzo del año dos mil trece (2013).

El Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Milton Ray Guevara, Juez Presidente; Leyda Margarita Piña Medrano, Jueza Primera Sustituta; Lino Vásquez Sámuel, Juez Segundo Sustituto; Hermógenes Acosta de los Santos, Ana Isabel Bonilla Hernández, Justo Pedro Castellanos Khouri, Víctor Joaquín Castellanos Pizano, Jottin Cury David, Rafael Díaz Filpo, Víctor Gómez Bergés, Wilson S. Gómez Ramírez, Katia Miguelina Jiménez Martínez e Idelfonso Reyes, jueces; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los numerales 1 y 4 del artículo 185 de la Constitución y 36 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional y los Procedimientos Constitucionales No.137-11, de fecha trece (13) de julio de dos mil once (2011), dicta la siguiente sentencia:

I.- ANTECEDENTES

1. Descripción de la instancia

Instancia de fecha diecisiete (17) de febrero del dos mil doce (2012), mediante la cual se apoderó al Tribunal Constitucional solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución No. 190/ 11, del veintitrés (23) de julio de dos mil once (2011) que aprobó el Contrato de Concesión Administrativa en Régimen de Peaje suscrito entre el Estado dominicano y Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

2. Pretensiones del accionante

El Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., presenta, en síntesis, que fue cedido mediante contrato a la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON), el peaje de la Autopista 6 de Noviembre, el cual ya había sido concesionado previamente a la accionante.

Que no obstante haber la accionante adquirido derechos sobre dicho peaje, el Congreso Nacional dictó la Resolución No. 190/11, aprobando la cesión de derechos que ya le habían sido concesionados. Que el Senado fue advertido mediante notificación por acto de alguacil del contrato previo suscrito con la accionante y además, de una demanda en nulidad incoada en el Poder Judicial, a lo que no se le prestó ninguna atención.

Que al Senado aprobar mediante resolución la concesión a la empresa DOVICON, se violó tanto el Presupuesto General de la Nación como la Ley

General de Gastos Públicos. También se vulneró, alega la accionante, el principio de legalidad previsto en materia administrativa.

Que se desconocieron los derechos adquiridos por la accionante, Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., al haber adquirido mediante contrato de concesión los derechos de explotación del peaje de la Autopista 6 de Noviembre.

3. Hechos y argumentos jurídicos del accionante en inconstitucionalidad

La accionante procura la declaratoria de inconstitucionalidad de la Resolución No. 190/11, del veintitrés (23) de julio de dos mil once (2011), dictada por el Congreso Nacional, que aprueba el Contrato de Concesión Administrativa en Régimen de Peaje suscrito entre el Estado dominicano y Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON) y, para justificar dicha pretensión, alega lo siguiente:

"El presente proceso se contrae a que, el Estado dominicano concesionó la Autopista 6 de Noviembre, a la empresa Consorcio Vial Dominicano, mediante contrato, debidamente firmado por el Gobierno, que fue ratificado mediante Resolución No. 52/02, por el Congreso Nacional; al amparo de él, en consonancia con las garantías constitucionales de lugar, la empresa invirtió de sus fondos la suma de USD$ 9.7 millones de dólares".

"El Ministro de Obras Públicas, mediante un Acto del Príncipe, el 16 de diciembre del año 2010, firma, sin el debido Poder Especial del Presidente de la República, otro contrato de concesión, con la empresa Dominicana de Vías Concesionadas, para trabajos distintos, e incluye, entre los peajes cedidos, el peaje ya CONCESIONADO por 25 años, a la empresa Consorcio Vial Dominicano SRL, sin que se haya producido su rescisión, amigable o judicial, como la misma Concesión establece. Tampoco, el pago previo".

"El Congreso Nacional, no podía ceder, a DOVICON, mediante Resolución de Concesión, los derechos, previamente concedidos y registrados en una Gaceta Oficial No 52/02, a Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., en violación de la Constitución de la República y los derechos fundamentales por ella garantizados por los artículos 51.1, 68 y 110".

"La Administración Pública se rige por el principio de la legalidad estricta y, el Congreso Nacional, ni el Ministro de Obras Públicas, en ningún caso, ni siquiera por breve tiempo puede usurpar las calidades del Presidente de la República, que le son privativas conforme al artículo 128.d de la Constitución, firmando un Contrato de Concesión, SIN PREVIAMENTE disponer del imprescindible Poder Especial, ESPECIFICO, fechado, numerado y registrado y al principio de número 7 de inconvalidabilidad de la Ley del Tribunal Constitucional y sobre todo, aplicándolo a lo que NO AUTORIZA".

4. Pruebas documentales

El Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., en su calidad de accionante, aportó conjuntamente con su instancia:

1) Gaceta Oficial del veinte (20) de abril de dos mil doce (2002), en la que consta la Resolución No. 52-02, que aprueba el contrato de concesión suscrito entre el Estado dominicano y el Consorcio Vial Dominicano, S.A.

2) Gaceta Oficial del veintitrés (23) de julio de dos mil once (2011), en la que se encuentra la Resolución No. 120-11, que aprueba el contrato de concesión suscrito entre el Estado dominicano y la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

3) Comunicación del veinte (20) de enero de dos mil once (2011), dirigida al Consultor Jurídico del Poder Ejecutivo, Dr. Abel Rodríguez Del Orbe, por el Ing. Víctor Díaz, Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, para que se le dé curso al contrato suscrito entre el Estado dominicano y la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

4) Comunicación del dos (2) de febrero de dos mil once (2011), dirigida por el Dr. Rafael Alburquerque, Vice-Presidente de la República, al Presidente del Senado, mediante la cual se le somete al Senado la discusión y aprobación del contrato suscrito el dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), entre el Estado dominicano y la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

5) Poder Especial No. 7-11, del veinte (20) de enero de dos mil once (2011), otorgado al Ing. Víctor Díaz, Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, para que a nombre del Estado suscriba el contrato de concesión con la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

6) Comunicación de fecha diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011), mediante la cual Paris Goico remite al Presidente de la Comisión de Hacienda el contrato de concesión suscrito entre el estado dominicano y la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

7) Comunicación del veintiuno (21) de febrero de dos mil once (2011), dirigida al Senado de la República Dominicana por el Lic. Ángel Lockward, en la que solicita copia del expediente relativo al Estado dominicano y la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON).

8) Certificación expedida el nueve (9) de agosto de dos mil once (2011), por el Senado de la República Dominicana, en sesión de fecha veintiséis (26) de mayo del dos mil once (2011), aprobado según Acta No. 048, en la que da

constancia de la existencia del contrato suscrito entre Dominicana de Vías Concesionadas, S.A. (DOVICON) y el Estado dominicano.

9) Copia del Contrato de Concesión Administrativa suscrito entre el Estado dominicano y Dominicana de Vías Concesionadas S.A., (DOVICON), en fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010).

10) Comunicación de fecha treinta y uno (31) de agosto de dos mil cinco (2005), suscrita por el entonces Secretario de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones, Ing. Manuel de Js. Pérez Gómez, y dirigida al Lic. Daniel Toribio, Administrador del Banco de Reservas, informándole del financiamiento de la obra que estaba a cargo del accionante.

11) Comunicación del diecisiete (17) de octubre de dos mil cinco (2005) suscrita por el entonces Secretario de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones, Ing. Manuel de Js. Pérez Gómez, y dirigida al señor Mat Bull Holding, S.A., solicitándole un compás de espera suficiente para poder salvar los inconvenientes señalados, entendiendo que su financiamiento resulta atractivo para solventar una obra tan importante y prioritaria.

12) Comunicación del veinte (20) de septiembre de dos mil diez (2010), suscrita por la Dra. Licelott Marte, y dirigida al Lic. Ángel Lockward, donde le informa que en la Cámara de Cuentas reposa un ejemplar del contrato de concesión suscrito entre la Secretaría de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones y el Consorcio Vial Dominicano, S.A.

13) Comunicación del veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010), suscrita por el Lic. Ángel Lockward y dirigida a la Dra. Licelott Marte, para que le suministre información sobre los contratos y cobros de los peajes.

14) Certificación No. 44-05, de la Cámara de Cuentas, reconociendo que en sus archivos existe la Resolución No. 06-05, del treinta y uno (31) de octubre de dos mil cinco (2005), en la que consta el contrato suscrito entre el Consorcio Vial Dominicano, S.A. y el Estado dominicano.

15) Comunicación del veinticuatro (24) de junio de dos mil nueve (2009) suscrita por el señor David Name, Presidente del Consorcio Vial Dominicano, S.A., y dirigida al Ing. Víctor Díaz, Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, en la que le sugiere un arreglo directo de sus diferencias.

16) Comunicación del veinticuatro (24) de junio de dos mil nueve (2009) suscrita por el señor David Name, y dirigida al Lic. Vicente Bengoa, Secretario de Hacienda, mostrando su disposición de negociar para resolver el conflicto.

17) Comunicación del quince (15) de julio de dos mil nueve (2009) suscrita por el señor David Name y dirigida al Ing. Víctor Díaz, Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, solicitándole una solución amigable a la situación.

18) Comunicación del tres (3) de diciembre de dos mil tres (2003), dirigida al Ing. Miguel Vargas, Secretario de Obras Públicas, por el Presidente del Senado Jesús Vásquez, en la que se le remite la opinión de la Consultaría Jurídica del Senado dando el visto bueno al Consorcio Vial Dominicano, S.A.

19) Opinión del señor José del Castillo Saviñón, Consultor Jurídico del Senado, de fecha dos (2) de diciembre del dos mil tres (2003), donde sugiere resolver el conflicto con Consorcio Vial Dominicano, S.A., a través del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santo Domingo.

20) Comunicación del veintiocho (28) de septiembre de dos mil once (2011), dirigida al Lic. Ángel Lockward, suscrita por el señor Bolívar Bello Belliard, en la que le informa sobre un experticio técnico.

21) Comunicación del veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011), suscrita por el Ing. Miguel Logroño y dirigida al señor Bolívar Bello Beliard, donde le solicita un experticio técnico de documentos relativos al contrato de concesión de la Carretera San Cristóbal- Baní y la Autopista 6 de Noviembre.

22) Comunicación del veinte (20) de septiembre de dos mil doce (2012), dirigida al Ing. Miguel Logroño, por distintos técnicos, en la que se analizan copias de facturas y comprobantes de cheques que van desde el año dos mil (2000) hasta el dos mil cuatro (2004).

23) Comunicación del veinticinco (25) de agosto del dos mil once (2011), suscrita por el Ing. Miguel Logroño, para que se realice un experticio técnico de los documentos suministrados por el Consorcio Vial Dominicano, S. A.

24) Comunicación del veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011), dirigida al Ing. Miguel Logroño, en la que se solicita el experticio técnico.

25) Comunicación del primero (1ero) de agosto de dos mil once (2011), dirigida al señor Ángel Lockward por David Name, donde le detalla los gastos de su empresa desde el año dos mil (2000) hasta el dos mil cuatro (2004).

26) Comunicación del diecinueve (19) de agosto de dos mil once (2011), suscrita por el señor Ángel Lockward y dirigida al Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, Ing. Víctor Díaz, en la que le suministra los gastos incurridos por su cliente desde el año dos mil (2000) hasta el dos mil cuatro (2004).

27) Auto No. 1073-2011, del Tribunal Superior Administrativo, que comprueba que existe una diferencia entre Consorcio Vial Dominicano, S.A. y el Estado dominicano.

28) Acto de Alguacil No. 97-2011, del once (11) de febrero de dos mil once (2011), mediante el cual Consorcio Vial Dominicano, S.A., le notifica a la Cámara de Diputados y al Senado, sobreseer cualquier solicitud de concesión de la Autopista 6 de Noviembre.

29) Acto de Alguacil No. 547-2010, del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), mediante el cual Consorcio Vial Dominicano, S.A. pone en mora al Ministro de Obras Públicas, el Ing. Víctor Díaz, para que proceda a pagar la acreencia.

30) Acto No. 546-2010, del veintidós (22) de septiembre del dos mil diez (2010), mediante el cual Consorcio Vial Dominicano, S.A., le otorga un plazo de un (1) día franco al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, para que proceda a pagar la acreencia ascendente a veinte seis millones cientos ochenta y un mil dólares (US $ 26, 181,000).

31) Comunicación del veintiuno (21) de marzo de dos mil once (2011), suscrita por el señor Ángel Lockward, dirigida al Presidente del Senado Reynaldo Pared Pérez, en la que detalla una serie de violaciones contractuales.

32) Comunicación del cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011), suscrita por el señor Ángel Lockward, dirigida a varios Senadores, para solicitar ser escuchado con relación al contrato de concesión.

33) Comunicación del veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011), suscrita por el señor Ángel Lockward, dirigida al Senador Euclides Sánchez, en la que agradece su invitación para ser escuchado.

34) Copia del Acto No. 662-2001, del seis (6) de agosto del dos mil uno (2001), mediante el cual, CODOCON notificó al ICPARD el Decreto No. 723-01, cuya copia íntegra está en cabeza del acto.

35) Original debidamente registrado del Acto No. 494/2001, del veintinueve (29) de agosto de dos mil uno (2001), instrumentado por el Ministerial Alfredo Otañez Mendoza, Alguacil de Estrados de la Corte de Apelación Penal del Distrito Nacional, mediante el cual se le notificó al Colegio Dominicano de Contadores, Inc. y al Estado Dominicano, la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto No. 723-01.

5. Intervenciones oficiales

5.1. Opinión del Procurador General de la República

El Procurador General de la República, mediante instancia de fecha nueve (9) de abril de dos mil doce (2012), opina:

Dado que la accionante interpuso una acción en nulidad ante el Tribunal Superior Administrativo contra la Resolución No. 190/11, del 29 de junio de 2011, se deben agotar previamente las vías recursivas propias del Poder Judicial antes de someter el asunto a la consideración del Tribunal Constitucional, máxime cuando puede solicitarse por vía de excepción dicha inconstitucionalidad. Por tanto, en virtud de lo consignado en los artículos 277 de la Carta Sustantiva y el 53 y siguientes de la Ley Orgánica No. 137-11, del 13 de junio de 2011, la opinión de la Procuraduría General de la República es la siguiente:

"Que procede declarar inadmisible la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por la sociedad comercial Consorcio Vial Dominicano, S. R. L., contra la Resolución No. 190/11, del Congreso Nacional, publicada en la Gaceta Oficial No. 1069, de fecha 23 de julio de 2011, que aprueba el contrato de concesión entre el Estado Dominicano y la empresa Dominicana Vías Concesionadas, S. A.".

II.- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Legitimación activa del accionante

En el presente caso la legitimación activa se encuentra justificada en razón de que la accionante alega un perjuicio como consecuencia de la concesión otorgada a la empresa Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON), la cual previamente le había sido otorgada a la propia accionante.

7. Procedimiento aplicable en la presente acción de inconstitucionalidad

7.1. Este Tribunal tiene competencia para conocer de la presente acción en virtud de lo que disponen los artículos 185.1 de la Constitución del Estado y artículos 9 y 36 de la Ley No. 137-11 del 13 de junio de 2011, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales, modificada por la Ley No. 145 del 4 de julio de 2011.

7.2. La presente acción fue sometida el diecisiete (17) de febrero del corriente año dos mil doce (2012), al amparo de las disposiciones consignadas en la vigente Constitución de dos mil diez (2010), razón por la cual se procede al examen del recurso incoado por la accionante.

8. Rechazo de la acción directa de inconstitucionalidad

La acción directa de inconstitucionalidad debe ser rechazada por las razones siguientes:

8.1. Los argumentos de la acción directa de inconstitucionalidad incoada por el Consorcio Vial Dominicano, S.R.L. contra la Resolución No. 190/11, del Congreso Nacional, del veintitrés (23) de julio de dos mil once (2011), que aprobó el Contrato de Concesión Administrativa en Régimen de Peaje suscrito entre el Estado Dominicano y Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON), están articulados en un doble aspecto: inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material de la norma atacada.

8.2. En efecto, la parte accionante, en lo que respecta a la invocada inconstitucionalidad formal de la Resolución No. 190/11 del veintitrés (23) de julio de dos mil once (2011), aduce contra ella que fue aprobada sin ser sometida a dos lecturas y sin advertirse que el contrato que era objeto de aprobación de dicha resolución había sido firmado por el Ministro de Obras Públicas poco más de un mes antes de que el Presidente de la República le otorgara el poder especial requerido. En lo que se refiere a la alegada inconstitucionalidad material, se arguye que la resolución viola la Constitución en los artículos siguientes: 43, que establece "el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás"; 50.1, que prohíbe la creación y organización de monopolios, salvo en provecho del Estado; 51.1, que consagra la prohibición de privar a las personas de su derecho de propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social; y 110, que prevé la irretroactividad de la ley como forma de no afectar o alterar la seguridad jurídica. También se le imputa a la Resolución objeto de la acción directa de inconstitucionalidad haber autorizado transferencia de fondos del presupuesto sin que mediara una ley que así lo autorizara.

8.3. Este Tribunal Constitucional no aprecia ninguna violación constitucional porque la resolución impugnada, según alega la parte actora, no ha sido aprobada por el Congreso en dos lecturas, puesto que dicha regla, la que exige las dos lecturas, sólo rige para la formación de las leyes en sentido estricto, y conforme a los reglamentos internos de ambas cámaras congresuales los acuerdos que no tengan carácter de ley y que son sancionados mediante resoluciones, se votan por una discusión en cada cámara, aunque excepcionalmente pueden discutirse en más de una, cuando así se acuerde.

8.4. Puesto que el contrato de concesión otorgado a Dominicana de Vías Concesionadas (DOVICON), fue sometido a la aprobación del Congreso por el Presidente de la República, no se evidencia, como alega la parte actora, violación alguna del artículo 128, numeral 2, literal d) de la Constitución, que dispone lo siguiente: "Celebrar contratos, sometiéndolos a la aprobación del Congreso Nacional cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales, a la enajenación de bienes del Estado, al levantamiento de empréstitos o cuando estipulen exenciones de impuestos en general, de acuerdo con la Constitución. El monto máximo para que dichos contratos y exenciones puedan ser suscritos por el Presidente de la República sin aprobación congresual, será de doscientos salarios mínimos del sector público".

8.5. En ese sentido, la ausencia del Poder Especial requerido al Ministro de Obras Públicas para la firma del contrato de concesión, el cual resultó aprobado mediante la resolución impugnada, no vulneró la Carta Sustantiva, puesto que se trata de una situación de orden legal, y pese a todo, la misma quedó enmendada al otorgársele dicha facultad luego de la suscripción del mismo.

8.6. En lo atinente a la supuesta violación de los artículos 234, 235 y 236 de la Carta Magna, al invocar el Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., que el contrato de concesión aprobado por la resolución impugnada supone una modificación al Presupuesto General de la Nación y una transferencia de fondos en ausencia de una ley que así lo consigne, es pertinente señalar que, no obstante la parte actora no haber aportado prueba alguna de sus afirmaciones, tratándose las mismas de simples enunciaciones que no permiten constatar esas supuestas infracciones constitucionales, este Tribunal, de la lectura del contrato, no ha podido apreciar que se haya producido tal transferencia de fondos, en el sentido contenido en el párrafo del artículo 234 de la Constitución, que prohíbe transferir recursos presupuestarios de una institución a otra.

8.7. En lo que concierne a las alegadas violaciones constitucionales materiales que se invocan contra la resolución, y que están referidas a las cuestiones ya descritas, contenidas en los artículos 43, 50.1, 51.1 y 110 de la Carta Sustantiva, es evidente que surgen del conflicto de intereses privados que se ha suscitado por el otorgamiento a distintas personas de una misma concesión.

8.8. En la especie, las cuestiones planteadas por el accionante en su impugnación son esencialmente de naturaleza legal, de cuyo conocimiento está actualmente apoderada la jurisdicción administrativa, conforme al numeral 2 del artículo 165 de la Constitución, que establece como atribución de dichos tribunales: "Conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares, si éstos no son conocidos por los tribunales contencioso administrativos de primera instancia".

8.9. Esto último, sin perjuicio, claro está, del mandato constitucional puesto a cargo del Tribunal Constitucional, en el sentido de ser garante de la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, mandato que en el presente caso pudiere cumplir mediante el eventual recurso de revisión constitucional que se interpusiere contra la decisión definitiva que sobreviniere con ocasión del recurso contencioso administrativo que conforme ha sido constatado ya ha sido interpuesto por la parte actora.

Esta decisión, firmada por los jueces del Tribunal fue adoptada por la mayoría requerida. Figura incorporado el voto disidente del magistrado Justo Pedro Castellanos Khouri, Juez.

Por las razones y motivos de hecho y de derecho anteriormente expuestas, el Tribunal Constitucional

DECIDE

PRIMERO: ADMITIR, en cuanto a la forma, la presente acción directa de inconstitucionalidad incoado por el Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., contra la Resolución No. 190/11, del veintinueve (29) de junio de dos mil uno (2001).

SEGUNDO: RECHAZAR, en cuanto al fondo, la acción directa de inconstitucionalidad incoada por el Consorcio Vial Dominicano, S.R.L., contra la Resolución No. 190/11, del veintinueve (29) de junio de dos mil uno (2001).

TERCERO: ORDENAR que la presente decisión sea notificada, por Secretaría, al Procurador General de la República; y al accionante, Consorcio Vial Dominicano S.R.L., para los fines que correspondan.

CUARTO: DECLARAR los procedimientos de este proceso libre de costas, de conformidad con las disposiciones del artículo 7.6 de la Ley Orgánica No. 137-11 del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales.

QUINTO: DISPONER su publicación en el Boletín de Tribunal Constitucional.

Firmada: Milton Ray Guevara, Juez Presidente, Leyda Margarita Piña Medrano, Jueza Primera Sustituta; Lino Vásquez Sámuel, Juez Segundo Sustituto; Hermógenes Acosta de los Santos, Juez; Ana Isabel Bonilla Hernández, Jueza; Justo Pedro Castellanos Khouri, Juez; Víctor Joaquín Castellanos Pizano, Juez; Jottin Cury David, Juez; Rafael Díaz Filpo, Juez; Víctor Gómez Bergés, Juez; Wilson S. Gómez Ramírez, Juez; Katia Miguelina Jiménez Martínez, Jueza; Idelfonso Reyes, Juez; Julio José Rojas Báez, Secretario.

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO JUSTO PEDRO CASTELLANOS EN EL CASO DE LA ACCION DIRECTA EN INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR LA SOCIEDAD CONSORCIO VIAL DOMINICANO, SRL CONTRA LA RESOLUCIÓN NO. 190/11 QUE APROBÓ EL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA EN RÉGIMEN DE PEAJE, SUSCRITO ENTRE EL ESTADO DOMINICANO Y DOMINICANA DE VÍAS CONCESIONADAS (DOVICON)

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en la sentencia, y coherentes con la opinión que mantuvimos en la deliberación, ejercitamos la facultad prevista en el artículo 186 de la Constitución y, en tal sentido, presentamos nuestro voto disidente, fundado en las siguientes razones.

I. En relación con los actos contra los cuales procede la acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

El primer asunto en relación con el cual nos pronunciamos es el de los actos contra los cuales procede la acción directa de inconstitucionalidad ante esta sede constitucional.

En este sentido, recordamos que este Tribunal ha desarrollado un precedente y, en efecto, ha sostenido el criterio de que sólo procede la acción directa de inconstitucionalidad contra aquellos actos de carácter normativo y alcance general, no así contra actos de efectos particulares y concretos. Sobre el particular ha dicho que "*la acción directa en inconstitucionalidad, como proceso constitucional, está reservada para la impugnación de aquellos actos señalados en los artículos 185.1 de la Constitución de la República y 36 de la Ley Orgánica No. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), es decir, aquellos actos estatales de carácter normativo y alcance general. En la especie, el acto impugnado tiene un carácter de puro acto administrativo con efectos particulares (…) por lo que se trata más bien de una situación litigiosa sujeta a un control de legalidad (…) y cuya competencia corresponde a las jurisdicción contenciosa administrativa*" (Sentencia TC/0051/2012).

No obstante lo anterior, el Tribunal ha dicho más y con respecto a los actos de efectos particulares, ha hecho una precisión, al indicar que no procede la acción de inconstitucionalidad cuando los actos han sido dictados *"en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en disposiciones normativas infraconstitucionales, es decir, en normas de derecho inferiores a la Constitución"* (Sentencia TC/0073/2012). Es decir, el Tribunal ha dejado fuera del control concentrado de constitucionalidad, aquellos actos que resultan de la aplicación de una ley y que, como tales, conllevan al análisis de

cuestiones de legalidad y su conocimiento es, pues, competencia de los tribunales ordinarios, no de este Tribunal.

Así las cosas, entendemos que debe interpretarse que aquellos actos de efectos particulares pero que sean dictados en ejercicio directo e inmediato de poderes y competencias establecidas en la Constitución, sí pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad por ante este Tribunal. Nos referimos a actos que son el resultado del ejercicio directo e inmediato de la Constitución, los cuales, independientemente de su carácter general o particular, no requieren de una ley para su ejecución, en razón de que su origen y su fuerza normativa le vienen de la propia Constitución. Sobre el particular, conviene señalar la doctrina se inclina por la posición de que la vía del control concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional, puede ser usada para atacar actos que *"sean dictados en ejecución directa e inmediata de la constitución"*[1].

En este caso se presenta un conflicto a propósito de la aprobación por parte del Congreso Nacional de un contrato de concesión; concesión que, de acuerdo a los argumentos del accionante, le había sido otorgada previamente a éste. Conforme a lo establecido en el artículo 93), numeral 1, literal k) de la Constitución, es atribución del Congreso Nacional *"aprobar o desaprobar los contratos que le someta el Presidente de la República, de conformidad con lo que dispone el artículo 128, numeral 2), literal d), así como las enmiendas o modificaciones posteriores que alteren las condiciones originalmente establecidas en dichos contratos al momento de su sanción legislativa"*. Así, pues, cuando el Congreso aprueba un contrato de concesión sometido por el Presidente de la República, se produce un acto de ejecución directa de la Constitución y se configura un acto constitucional; es decir, un acto producido

[1] Brewer-Carías, Allan R. *Bases constitucionales del derecho administrativo en la República Dominicana*. Conferencia inaugural del *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, con ocasión del *XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*; Santo Domingo, República Dominicana, 12 de septiembre de 2012.

por un órgano en aplicación directa e inmediata de la Constitución y para el cual no medió una ley.

En la especie, el Tribunal ha determinado que *"en lo que concierne a las* ***alegadas violaciones constitucionales*** [2] *materiales que se invocan contra la resolución, y que están referidas a las cuestiones ya descritas, contenidas en los artículos 43, 50.1, 51.1 y 110 de la Carta Sustantiva, es evidente que surgen del* ***conflicto de intereses privados que se ha suscitado por el otorgamiento a distintas personas de una misma concesión"*** [3] ; y que las *"cuestiones planteadas por el accionante en su impugnación son esencialmente de naturaleza legal"*.

Sin embargo, para nosotros es claro que, sin perjuicio de que en la especie existan intereses privados, la realidad es que, tanto de lo descrito por el Tribunal como de las pretensiones formuladas por el accionante, se aprecian violaciones constitucionales, generadas por la actuación de un órgano constitucional –el Congreso Nacional-, y que la acción interpuesta se ha encaminado contra la resolución emitida por dicho órgano que aprobó el referido contrato de concesión.

No se trata, pues, sola y simplemente de un *"conflicto de intereses privados"*, como indica el Pleno. Se trata de una situación surgida a raíz de la actuación de un órgano constitucional, no de particulares, que resultó en **el otorgamiento a distintas personas de una misma concesión** –como bien indica el Tribunal- y configuró, de esa manera, infracciones constitucionales.

Por otro lado, este tipo de asuntos no son de la competencia otorgada al Tribunal Superior Administrativo, como indica el Pleno.

[2] El subrayado es nuestro.
[3] El subrayado es nuestro.

Es importante señalar que la *Ley No. 1494 que Instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* establece, conjuntamente con la *Ley No. 13-07*, las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como sus límites. En este sentido, establece en su artículo 7: *"No corresponde al Tribunal Superior Administrativo: .b) Los actos que dicten o realicen los poderes del Estado en uso de atribuciones constitucionales*"; por lo que de manera expresa extrae de la competencia de ese tribunal el conocimiento de situaciones como las que se plantean en este caso.

Previamente, en ocasión de un caso igual al que nos ocupa, relativo al trámite de un contrato de concesión que requería tanto el otorgamiento de un poder por parte del Presidente de la República al funcionario que suscribiría el contrato como de la aprobación de éste por el Congreso Nacional, la Suprema Corte de Justicia estableció que **"***el poder otorgado por el Poder Ejecutivo al Administrador General de Bienes Nacionales, para que a nombre y representación del Estado Dominicano suscribiera el contrato de permuta con la recurrente, constituyen actuaciones que se enmarcan dentro de las facultades que le corresponden al Presidente de la República, según lo establece el artículo 55 de la Constitución, por lo que indudablemente constituyen actos realizados por uno de los Poderes del Estado en uso de atribuciones constitucionales, cuyo conocimiento no corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativo, tal y como ha sido expresamente consagrado por la ley que regula dicha jurisdicción, en su artículo 7, inciso b); por lo que, con su sentencia el Tribunal Superior Administrativo ha incurrido en una violación de la Ley No. 1494 (…) por lo que al anular en su dispositivo dicho contrato, la sentencia recurrida violó el principio de la separación de los Poderes del Estado, consagrado por el artículo 4 de la Constitución Dominicana, medio que por ser de orden público, debe ser suplido de oficio por esta Suprema Corte de Justicia*"[4].

[4] SCJ. Tercera Sala. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. No. 34. B.J. 1066

Conocer las violaciones a la Constitución que produce la aprobación de dicho contrato de concesión, mediante la resolución indicada, es competencia de este Tribunal; y por eso debió avocarse a conocer el fondo del caso, en lugar de concluir que se trata de asuntos de naturaleza que, como tales, son competencia del Tribunal Superior Administrativo.

II. En relación con el poder requerido para suscribir el contrato

Las actuaciones de la Administración Pública están limitadas por lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Así, los órganos y funcionarios de la Administración Pública están obligados a ceñir sus actuaciones al *principio de legalidad*.

En efecto, hoy se reconoce que *"con el establecimiento del Estado Moderno, todo Poder Legítimo orbita en torno al concepto de la Competencia del ente público, como atribución expresa de Ley, por cuanto se identifica al Poder como la médula sustancial del Estado"* [5] . Sobre el particular, la Constitución Dominicana establece, en su artículo 6, que *"son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución"*; y, asimismo, en su artículo 138, que *"la Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación,* ***con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado****"* [6] .

Por otro lado, el artículo 128.2.d) constitucional, establece que el Presidente de la República, en su condición de Jefe de Gobierno tiene la facultad de *"celebrar contratos, sometiéndolos a la aprobación del Congreso Nacional cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas*

[5] CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999*. En: *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carias*; tomo II; Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 1360.
[6] El subrayado es nuestro.

nacionales, a la enajenación de bienes del Estado, al levantamiento de empréstitos o cuando estipulen exenciones de impuestos en general, de acuerdo con la Constitución".

En razón de que la competencia para celebrar este tipo de contratos ha sido atribuida de manera expresa al Presidente de la República, ella no puede ser ejercida por otro órgano o funcionario público, a menos que le sea delegada y ello en la forma en que nuestro ordenamiento legal dispone; en este caso mediante el otorgamiento, por parte del Presidente de la República, de un poder, escrito y expreso, a la persona que lo representará en la firma de este contrato.

En la especie, el Pleno ha decidido que la ausencia del referido poder, al momento de la firma del contrato de concesión por parte del Ministro de Obras Públicas, no constituye una violación a la Constitución, sino una situación de orden legal, la que, además, quedó enmendada –también ha dicho el Pleno- al otorgársele dicha facultad luego de la suscripción del contrato. Disentimos parcialmente de esta consideración del Pleno, por las razones que explicamos a continuación.

Para nosotros es claro que la facultad para suscribir este tipo de contratos le ha sido otorgada, de manera expresa, al Presidente de la Republica, y lo ha sido por la Constitución; lo que, desde ya, nos coloca frente a un escenario de orden constitucional, no legal. En efecto, la inobservancia de esa prescripción viola una orden de la Carta Magna y constituye, pues, una violación de orden constitucional que, como tal, habría conllevado la nulidad absoluta de la resolución del Congreso, si el referido contrato hubiera sido aprobado por este órgano bajo esas condiciones, ya que no habría cumplido con los requisitos constitucionales para su formación y aprobación. Otra cosa es lo relativo a la formalización del poder correspondiente, que esto sí es de raigambre legal y no constitucional. Ocurre, sin embargo, que, en la especie, lo que está en juego

no es tan sólo un poder sino, mucho más, el ejercicio de una facultad atribuida al Presidente de la Republica por la Carta Magna. Así, pues, disentimos del Pleno en esta parte.

Es preciso hacer la salvedad de que el contrato firmado por el Ministro de Obras Públicas no cobraría validez hasta tanto fuera ratificado por el Congreso Nacional. En otras palabras, por sí solo no es ejecutable ni es posible su entrada en vigencia, ya que la Constitución prescribe la necesidad de la aprobación por parte de dicho Poder del Estado para su validez.

En relación con todo esto, la doctrina ha estudiado que la nulidad de los actos de órganos públicos –actos constitucionales y actos administrativos- será absoluta, es decir, de pleno de derecho y sin posibilidad de ser subsanada, cuando se lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo, o cuando el órgano que lo dicte sea manifiestamente incompetente en razón de la materia o del territorio, o cuando constituyan infracciones penales, entre otras causas[7] .

Por otro lado, existen otros actos que son anulables, es decir, que están afectados sólo por una nulidad relativa, y cuyas faltas pueden ser subsanadas por la propia administración. Tanto la doctrina, como la legislación de otros países, son contestes en cuanto a la convalidación por parte de la administración de ciertos vicios, como son: el de la incompetencia jerárquica, mediante la ratificación del órgano superior, y el de la falta de alguna autorización, mediante el otorgamiento de ésta por el órgano competente [8] .

De hecho, varias legislaciones hacen una lista exhaustiva de aquellos actos que conllevarían una nulidad absoluta –que por tanto debe ser pronunciada por los tribunales- y de cuáles conllevarían una nulidad relativa y que como tales

[7] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*; tomo I; Editorial Civitas, Madrid 2008, p. 628.
[8] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit., p. 659.

aceptan la posibilidad de ser subsanados. Sin embargo, en razón de que en nuestro país no contamos aún con este tipo de legislación, es tarea del Tribunal Constitucional contribuir a llenar este vacío.

En el presente caso, somos de opinión de que no procedería la nulidad absoluta del contrato suscrito previo al otorgamiento del poder por parte del titular de la atribución, en razón de que esta situación, a pesar de lo tardía, fue remediada antes de que tuviera efectos jurídicos y de que, en consecuencia, se produjera perjuicio a algún administrado como resultado de esa falta. En este sentido, la situación habría sido distinta y sí habría acarreado la nulidad absoluta del contrato de concesión si el Congreso lo hubiera aprobado sin que el Presidente hubiera otorgado la autorización correspondiente al Ministro.

Firmado: Justo Pedro Castellanos Khouri, Juez.

La presente decisión es dada y firmada por los señores Jueces del Tribunal Constitucional que anteceden, en la sesión del Pleno celebrada el día, mes y año anteriormente expresados, y publicada por mí, Secretario del Tribunal Constitucional que certifico.

Julio José Rojas Báez
Secretario