REPÚBLICA DOMINICANA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Exp. núm.: 001-033-2019-RECA-01583
Recurrente: Inversiones Zahena, SA.
Recurrido: Dirección General de Casinos y Juegos de Azar del Ministerio de Hacienda y Deportes Malecón, SRL.
Materia: Contencioso administrativo
Decisión: Inadmisible

SCJ-TS-22-0593

César José García Lucas, Secretario General de la Suprema Corte de Justicia, Certifica: Que en los archivos a su cargo hay un expediente que contiene una sentencia de fecha 24 de junio del 2022, que dice así:

EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, actuando como corte de casación, competente para conocer las materias de *tierras, laboral, contencioso administrativo y contencioso tributario*, regularmente constituida por los magistrados Manuel Alexis Read Ortiz, presidente, Manuel R. Herrera Carbuccia, Moisés A. Ferrer Landrón, PER1 y Rafael Vásquez Goico, jueces miembros, asistidos por la secretaria de la Sala, en la sede de la Suprema Corte de Justicia, ubicada en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, en fecha **24 de junio de 2022,** año 179° de la Independencia y año 159° de la Restauración, dicta en audiencia pública, la siguiente sentencia:

Apoderada del recurso de casación interpuesto la sociedad comercial Inversiones Zahena, SA., contra la sentencia núm. 0030-01-2019-SSMC-00103, de fecha 31 de octubre de 2019, dictada por

la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo, en materia de medidas cautelares, cuyo dispositivo figura copiado más adelante.

I. Trámites del recurso

1. El recurso de casación fue interpuesto mediante memorial depositado en fecha 11 de noviembre de 2019, en la secretaría general de la Suprema Corte de Justicia, suscrito por los Lcdos. Manuel Fermín Cabral, Gilbert M. de la Cruz Álvarez y Melissa Peguero, dominicanos, titulares de las cédulas de identidad y electoral núms. CED1 CED2 y CED3 con estudio profesional abierto en común en la ADD1 ADD2 ADD3 Santo Domingo, Distrito Nacional, actuando como abogados constituidos de la sociedad comercial Inversiones Zahena, SA., entidad constituida de conformidad con las leyes de la República Dominicana, RNC CED4 con domicilio social y asiento legal establecido en la ADD4 Macao, municipio Higüey, provincia La Altagracia, representada por M., español, tenedor de la cédula de identidad núm. CED5

2. La defensa al recurso de casación fue presentada mediante memorial depositado en fecha 29 de noviembre de 2019, en la

secretaría general de la Suprema Corte de Justicia, suscrito por los Lcdos. Nelson Manuel Jáquez Suárez, Samir Alfonso Mateo Coradín y Nelson Emmanuel Camilo Garrido, dominicanos, portadores de las cédulas de identidad y electoral núms. CED6 CED7 CED8 y CED9 con estudio profesional abierto en común en la oficina de abogados localizada en el edif. "DMK Abogados", ubicada en la Ureña Santo Domingo, Distrito Nacional, actuando como abogados constituidos de la sociedad comercial Deportes Malecón, SRL., organizada y existente de conformidad con las leyes de la República Dominicana, RNC 1-30-04138-5, con domicilio y asiento social ubicado en la ADD12 Santo Domingo, Distrito Nacional, representada por sus gerentes Edison Ureña Gómez, dominicano, poseedor de la cédula de identidad y electoral núm. CED10 domiciliado y residente en la intersección formada por las y ADD20 Santo Domingo, ADD21 y Moya, costarricense, provisto del pasaporte núm. CED11 domiciliado y residente en la de ADD26 Santo Domingo, Distrito Nacional.

Exp. núm.: 001-033-2019-RECA-01583
Recurrente: Inversiones Zahena, SA.
Recurrido: Dirección General de Casinos y Juegos de Azar del Ministerio de Hacienda y Deportes Malecón, SRL.
Materia: Contencioso administrativo
Decisión: Inadmisible

3. Esta Tercera Sala mediante resolución núm. 033-2020-SRES-01016, de fecha 31 de agosto de 2020, rechazó el defecto de la parte correcurrida Dirección de Casinos y Juegos de Azar del Ministerio de Hacienda, puesto que, en materia contencioso administrativa, los poderes públicos se encuentran permanentemente representados por el Procurador General de la República, por aplicación de los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Ley núm. 3726-53, sobre Procedimiento de Casación, artículo 6 de la Ley núm. 1486-38, sobre Representación del Estado en los Actos Jurídicos, párrafo II del artículo 60 de la Ley núm. 1494-47, sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como los artículos 26 y 30 de la Ley núm. 133-11, Orgánica del Ministerio Público y el artículo 166 de la Constitución dominicana.

4. Mediante dictamen de fecha 20 de abril de 2022, suscrito por el Lcdo. Edwin Acosta Suárez, la Procuraduría General de la República estableció: 1) de manera principal: declarar inadmisible el recurso de casación; y 2) de manera subsidiaria: rechazar el presente recurso de casación.

5. Mediante el auto núm. 033-2022-SAUT-00609, dictado en fecha 18 de mayo de 2022, por el magistrado Manuel Alexis Read Ortiz, presidente de la Tercera Sala, fue llamado el magistrado

Exp. núm.: 001-033-2019-RECA-01583
Recurrente: Inversiones Zahena, SA.
Recurrido: Dirección General de Casinos y Juegos de Azar del Ministerio de Hacienda y Deportes Malecón, SRL.
Materia: Contencioso administrativo
Decisión: Inadmisible

PER8 juez presidente de la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo, para conformar el *quórum* de la audiencia del día 18 de mayo de 2022, para conocer el recurso de que se trata.

6. La audiencia fue celebrada por esta Tercera Sala, en atribuciones *contencioso administrativo*, en fecha 18 de mayo de 2022, integrada por los magistrados Rafael Vásquez Goico, juez que presidió, Moisés A. Ferrer Landrón y PER9 jueces miembros, asistidos por la secretaria y el alguacil de estrado.

II. Antecedentes

7. La sociedad comercial Inversiones Zahena, SA., presentó una solicitud de adopción de medida cautelar, a fin de suspender los efectos ejecutivos y ejecutorios de la resolución núm. MH-2019-022019, de fecha 21 de junio de 2019, dictada por la Dirección de Casinos y Juegos de Azar del Ministerio de Hacienda y que se ordenara a ese órgano abstenerse de ejecutar acciones arbitrarias como consecuencia del acto administrativo impugnado, hasta tanto fuera conocido y decidido el recurso contencioso administrativo, dictando la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo, en materia de medidas cautelares, la sentencia núm. 0030-01-2019-

Exp. núm.: 001-033-2019-RECA-01583
Recurrente: Inversiones Zahena, SA.
Recurrido: Dirección General de Casinos y Juegos de Azar del Ministerio de Hacienda y Deportes Malecón, SRL.
Materia: Contencioso administrativo
Decisión: Inadmisible

SSMC-00103, de fecha 31 de octubre de 2019, objeto del presente recurso de casación y cuyo dispositivo textualmente dispone lo siguiente:

PRIMERO: *En cuanto a la forma, DECLARA buena y válida, la solicitud de adopción de medida cautelar anticipada, interpuesta por la entidad comercial INVERSIONES ZAHENA, S. A., en contra de la DIRECCIÓN DE CASINOS Y JUEGOS DE AZAR DEL MINISTERIO DE HACIENDA, igualmente la intervención voluntaria planteada por la sociedad comercial DEPORTES MALECON, S. R. L., por haber sido formuladas conforme a derecho.* ***SEGUNDO:*** *En cuanto al fondo, RECHAZA la solicitud de adopción de medida cautelar anticipada anteriormente descrita, por las motivaciones esbozadas en el cuerpo de la presente sentencia.* ***TERCERO:*** *DECLARA el proceso libre las costas.* ***CUARTO:*** *ORDENA, la comunicación de la presente sentencia por Secretaría a las partes envueltas en el presente proceso, así como, a la interviniente voluntaria sociedad comercial DEPORTES MALECON, S. R. L., y a la PROCURADURÍA GENERAL ADMINISTRATIVA (PGA), para los fines procedentes.* ***QUINTO:*** *ORDENA, que la presente sentencia sea publicada en el Boletín del Tribunal Superior Administrativo* (sic).

III. Medios de casación

8. La parte recurrente invoca en sustento de su recurso de casación los siguientes medios: "**Primer medio:** Falsa interpretación de la Ley. El tribunal *a quo* realizó una incorrecta aplicación del art. 7, párrafo I, de la Ley núm. 13-07, para negar la existencia de peligro en la demora. Ello, a pesar de la evidentes prueba que existía sobre

un daño irreparable o de difícil reparación, con una serie interminable de situaciones desfavorables. **Segundo medio:** Falsa aplicación de la Ley. El tribunal *a quo* aplicó indebidamente el art. 7, párrafo I, de la Ley núm. 13-07, al considerar que el peligro en la demora dependía de la acreditación de alguna acción "*tendente a desalojarla del lugar donde opera una banca deportiva con el nombre Triple Seven*" (Vid. P.15, § 22). Contrario al absurdo alegado sostenido por el tribunal *a quo*, observando únicamente lo sostenido por la parte contraria de la recurrente, en la especie existe una situación de peligro en la demora, consecuente del cierre inmediato de la banca de apuestas deportiva que funciona en el "Hard Rock Hotel & Casino Punta Cana". **Tercer medio:** violación de los artículos 69 de la Constitución, y 7, párrafo I, de la Ley núm. 13-07. Al valorar la apariencia de buen derecho y los elementos probatorios de la recurrente, lo que implica grave transgresión del derecho a la tutela judicial efectiva" (sic).

IV. Considerandos de la Tercera Sala, después de deliberar
Juez ponente: Rafael Vásquez Goico

9. De conformidad con lo que establece la Constitución de la República, el artículo 9 de la Ley núm. 156-97, de fecha 10 de julio de 1997, que modificó la Ley núm. 25-91, de fecha 15 de octubre

de 1991, Orgánica de la Suprema Corte de Justicia y el artículo 1° de la Ley núm. 3726-53, del 29 de diciembre de 1953, sobre Procedimiento de Casación, modificada por la Ley núm. 491-08, del 19 de diciembre de 2008, esta Tercera Sala es competente para conocer del presente recurso de casación.

V. Incidentes

a) En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad

10.En su memorial de casación la sociedad comercial Inversiones Zahena, SA., plantea como cuestión previa la inconstitucionalidad del artículo 5 párrafo II, literal a) de la Ley núm. 3726-53, sobre Procedimiento de Casación, modificada por la Ley núm. 491-08, por resultar sus disposiciones contrarias a lo establecido en los artículos 40, 69 y 74 de la Carta Sustantiva, puesto que: a) no existe ninguna restricción legislativa para que pueda ejercerse el recurso de casación contra las sentencias que no acojan o que nieguen solicitudes de medidas cautelares; b) el artículo contra el que se invoca la excepción de inconstitucionalidad ha devenido, más que en un requisito o regulación procesal, en un obstáculo para la justicia cautelar y satisfacción plena del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; c) se trata de un formalismo innecesario que no compagina con el derecho a la tutela cautelar y no resulta razonable; d) restringe la posibilidad de perseguir ante un juez

superior la obtención de aquella cautela que fue negada impropiamente; d) constituye un grosero e irrazonable obstáculo de acceso a la justicia.

11.En aplicación del artículo 51 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, *todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso,* resulta necesario señalar que ante esta corte de casación la competencia para conocer por la vía del control difuso de las excepciones de inconstitucionalidad que le son planteadas, dimanan de tres vías: a) porque el tribunal del cual proviene la decisión impugnada ha hecho a su vez uso de dicho control, y ese aspecto es atacado mediante un medio de casación; b) porque se proponga por primera vez en casación la excepción de inconstitucionalidad, lo que constituye una excepción al principio de inadmisibilidad de medios nuevos en casación; c) porque la propia formación de la corte de casación supla de oficio esta excepción de inconstitucionalidad; en el caso que nos ocupa, hemos sido

apoderados en virtud del segundo caso ya que la excepción de inconstitucionalidad fue propuesta por vez primera ante esta Tercera Sala, por lo que, por ser de orden público impera su conocimiento contra el criterio de la inadmisibilidad de medios nuevos en sede casacional.

12.En relación con lo argumentado por la parte recurrente cabe destacar que si bien nuestra Constitución establece el derecho a recurrir como garantía de la parte que ha resultado perdidosa en una decisión, no menos cierto es que la misma Constitución condiciona el ejercicio de este derecho a los parámetros establecidos en la ley, pues así lo dispone el artículo 69.9 de la Constitución, señalado por la parte recurrente, el cual hace referencia al hecho de que “toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley”, previsión esta que se encuentra contenida además en el artículo 149 párrafo III de nuestra Carta Fundamental cuando sujeta el recurso de las decisiones emanadas por los tribunales, a las “condiciones y excepciones que establezcan las leyes”; que de la disposición combinada de estos artículos se infiere la facultad potestativa del legislador de configurar lo referente al establecimiento de los recursos que pueden intentar los administrados contra los actos emitidos por las autoridades; que

este poder de configuración ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional comparada, citada por el Tribunal Constitucional, al señalar que *... es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos positivos y negativos que deben darse para su ejercicio*[1]*...*".

13.En el caso del recurso de casación el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que *si bien es cierto que el recurso de casación constituye un derecho para los justiciables y una garantía fundamental del respeto a la ley, no menos cierto es que sólo si proviene de la ley podrá restringirse este derecho, situación que acontece en la especie, y que encuentra su fuente en la propia Constitución, muy específicamente en el art. 154.2, el cual sujeta a la ley el conocimiento de los recursos de casación por la Suprema Corte de Justicia, lo que tiene por consecuencia que la supresión de su ejercicio debe ser rigurosamente limitado a los casos particulares para los cuales ella ha sido dictada*[2].

[1] Sentencia núm. 1104/01, de fecha 24 de octubre de 2001, Corte Constitucional de Colombia, citada por el Tribunal Constitucional dominicano en las sentencias núms. TC/0155/13, de fecha 12 de septiembre y TC/0002/14, de fecha 14 de enero de 2014.
[2] Sentencia núm. TC/489/15, de fecha 6 de noviembre de 2015, dictada por el Tribunal Constitucional Dominicano.

14.En ese orden y como se ha visto, en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al recurso tiene rango constitucional, este será ejercido de conformidad con las condiciones y excepciones que establezcan las leyes, por lo que su ejercicio estará supeditado a las regulaciones que la ley determine para su presentación, correspondiendo al legislador configurar los limites sobre los cuales opera su ejercicio, facultad que como se ha visto ha sido ejercida por nuestro legislador en el artículo 5 párrafo II literal a) de la Ley núm. 3726-53, modificada por la Ley núm. 491-08, que indica *no podrá interponerse el recurso de casación sin perjuicios de otras disposiciones legales que lo excluyen contra: a) las sentencias preparatorias ni las que dispongan medidas conservatorias o cautelares, sino conjuntamente con la sentencia definitiva...,* de ahí se desprende que el legislador ha actuado por mandato de la disposición legal indicada.

15.Sobre la base de lo antes señalado no resulta controvertido que las medidas cautelares tienen un efecto provisional y no de carácter definitivo, ya sea que la solicitud de tutela cautelar sea otorgada o no, puesto que estas no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, sino más bien, la adopción de medidas judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que

eventualmente pudiera ser reconocido por los jueces apoderados de lo principal (tal y como se ha indicado en el caso que nos ocupa, puesto que la medida, a pesar de haber sido rechazada, resulta accesoria de un recurso contencioso administrativo), por lo que no constituyen un fin en sí mismas sino que están sujetas a una decisión definitiva, pudiendo la parte que la invoca obtener del juez apoderado del fondo la reducción, adecuación o revocación del acto administrativo desfavorable mediante un procedimiento que permite conocer tanto en hechos como en derecho las condiciones del proceso, con lo cual se garantiza una vía idónea que preserve la tutela judicial efectiva y el debido proceso, garantías que han sido previstas por nuestro legislador.

16. Al hilo de lo anterior, ha sido juzgado por nuestra Suprema Corte de Justicia *que las garantías procesales de carácter constitucional establecidas en el artículo 69 de nuestra Carta Magna y en otras normas que conforman nuestro bloque de constitucionalidad, como lo es la Convención Americana de los Derechos Humanos, lo que consagran como derecho fundamental es el derecho a recurrir las decisiones judiciales y este derecho no es absoluto sino que puede ser restringido legalmente siempre que esta limitación verse sobre aspectos periféricos del derecho y no afecte su núcleo duro o*

sustancial[3]*,* como ocurre en el caso que nos ocupa, puesto que la decisión ahora impugnada, se encuentra sujeta a la decisión del recurso principal.

17. En atención a las anteriores consideraciones, procede rechazar la excepción de inconstitucionalidad planteada, puesto que no se vulneran las disposiciones constitucionales ni los criterios jurisprudenciales invocados.

b) en cuanto a la admisibilidad del recurso de casación

18. La parte correcurrida, Deportes Malecón, SRL., y la Procuraduría General de la República, plantean la inadmisibilidad del presente recurso de casación indicando que resulta contrario a lo establecido en el artículo 5, párrafo II, literal a) de la Ley núm. 3726-53, sobre Procedimiento de Casación, modificada por la Ley núm. 491-08, por versar sobre una medida cautelar.

19. Como el anterior pedimento tiene por finalidad eludir el examen del fondo del recurso, procede examinarlo en esta etapa.

20. Tal y como se ha indicado en parte anterior de la presente sentencia, el artículo 5, párrafo II, literal a) de la Ley núm. 3726-53, del 29 de diciembre de 1953, sobre Procedimiento de Casación,

[3] SCJ, sentencia núm. 799, de fecha 9 de julio de 2014.

modificada por la Ley núm. 491-08, del 19 de diciembre de 2018, señala que *no podrá interponerse el recurso de casación, sin perjuicio de otras disposiciones legales que lo excluyen, contra: a) Las sentencias preparatorias ni las que dispongan medidas conservatorias o cautelares, sino conjuntamente con la sentencia definitiva, pero la ejecución de aquellas, aunque fuere voluntaria, no es oponible como medio de inadmisión*.

21.Esta Tercera Sala, actuando como corte de casación, ha podido determinar, que el presente recurso de casación se interpuso contra una sentencia dictada en ocasión de la solicitud de medida cautelar, la cual tiene por objeto lograr la suspensión provisional del acto dictado por la administración pública o alguna actuación lesiva de la administración que afecta al accionante, evitando que durante el tiempo que dure el proceso, ese derecho sufra un daño de tal magnitud que resulte imposible o muy difícil repararlo, cuando finalmente se dicte la sentencia que pueda reconocerlo.

22.De la disposición transcrita más arriba, se desprende que, ciertamente, con la entrada en vigencia de la Ley núm. 491-08, el recurso de casación contra las sentencias dictadas por el Tribunal Superior Administrativo, en sus atribuciones cautelares, fue suprimido; por lo que indudablemente quedó automáticamente

derogado el artículo 7 de la Ley núm. 13-07 de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa del Estado, que permitía el recurso de casación en materia de medidas cautelares; que esta modificación introducida por la referida Ley núm. 491-08, que ha excluido a las sentencias sobre medidas cautelares del ámbito del recurso de casación, está en consonancia con los rasgos peculiares de las medidas cautelares que son instrumentos de acción rápida que se caracterizan por su instrumentalidad, provisionalidad y variabilidad, por lo que las sentencias que intervengan al respecto, gozan de estas mismas características y, en consecuencia, son sentencias provisionales dictadas por el Tribunal Superior Administrativo, en las que no se juzga el fondo del asunto, por lo que no tienen la autoridad de la cosa juzgada en lo principal, aunque sí en lo cautelar, lo que evidentemente contradice la esencia del recurso de casación que conforme con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley núm. 3726-53 sobre Procedimiento de Casación, debe estar dirigido contra sentencias dictadas en única o en última instancia.

23.En consecuencia, al tratarse en la especie de una sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2019, por la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo, en atribuciones cautelares, resulta

incuestionable que dicho fallo se encuentra bajo el imperio de la modificación introducida por la citada Ley núm. 491-08 de diciembre de 2008, con entrada en vigencia el 11 de febrero de 2009, lo que acarrea que el recurso de casación interpuesto contra esta decisión, depositado en la secretaría general de esta Suprema Corte de Justicia, el 11 de noviembre de 2019, resulta inadmisible, al recaer sobre una materia que no es susceptible de casación, lo que hace innecesario examinar los medios de casación propuestos contra la sentencia impugnada, en razón de que las inadmisibilidades por su propia naturaleza, eluden el conocimiento del fondo de la cuestión planteada, en el presente caso el examen del recurso de casación del que ha sido apoderada esta sala.

24. De acuerdo con lo previsto por el artículo 60, párrafo V de la Ley núm. 1494-47 de 1947, aún vigente en este aspecto, *en materia administrativa no ha lugar a la condenación en costas,* lo que aplica en la especie.

VI. Decisión

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con la Constitución de la República, la norma legal aplicada al caso, la doctrina jurisprudencial observada y sobre la base de los motivos

expuestos, dicta por autoridad y mandato de la ley la siguiente decisión:

FALLA

ÚNICO: Declara INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la sociedad comercial Inversiones Zahena, SA., contra la sentencia núm. 0030-01-2019-SSMC-00103, de fecha 31 de octubre de 2019, dictada por la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo, en materia de medidas cautelares, cuyo dispositivo ha sido copiado en parte anterior del presente fallo.

Firmado: Manuel Alexis Read Ortiz, Manuel R. Herrera Carbuccia, Moisés A. Ferrer Landrón, Anselmo Alejandro Bello F. y Rafael Vásquez Goico.

La presente copia se expide en Santo Domingo, Distrito Nacional, hoy día 11 de julio del 2022, para los fines correspondientes. Exonerada de pagos de impuestos internos y sellos de impuestos internos.

Firmado: César José García Lucas, Secretario General