



INFORME JURÍDICO
MOPSV/DGAJ N° 0066/2016

A : Carlos Camacho Vega
DIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS

DE : Víctor Pablo Martín Rodríguez
JEFE DE LA UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS

REF. : **PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS 1ER SEMESTRE 2016.**

FECHA : La Paz, 19 de julio de 2016

Señor Director:

En atención al cumplimiento del POA 1er semestre gestión 2015 se remiten para su conocimiento los precedentes administrativos generados a través de las resoluciones emitidas por este Ministerio, proyectadas por la Unidad de Recursos Jerárquicos.

I. INTRODUCCIÓN

El precedente administrativo es aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares.

Son tres principios los que caracterizan a los precedentes administrativos, a saber, el principio de igualdad ante la Ley, que se traduce en un mismo trato a los administrados, que vincula a todos los poderes públicos, especialmente a la Administración en la aplicación del derecho; el principio de seguridad jurídica y buena fe, por el cual los administrados saben a qué atenerse en el futuro y mantiene a la Administración en el ejercicio de sus funciones en una posición de lealtad, eliminando cualquier viso de desviación de poder o de actos de corrupción, y el principio de buena administración, que rescata dos caracteres básicos de los precedentes administrativos, como son la similitud que debe existir entre el caso presente y el pasado para su aplicación, y que estas resoluciones provengan de la misma entidad que ha decidido los casos en el pasado.

Las resoluciones de recurso jerárquico que fueron emitidas tanto por el ex Superintendente General del SIRESE como por el Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda y a ser pronunciadas por esta Cartera de Estado, en los sectores regulados de Transportes y Telecomunicaciones, son actos administrativos que, de acuerdo a su naturaleza, son generadores de precedentes administrativos, pues agotan la vía administrativa.

En el marco expuesto, y considerando que el trabajo desarrollado por la Unidad de Recursos Jerárquicos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos coadyuva al Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda a contribuir al objetivo de "lograr una mejor gestión gubernamental" del pilar "Bolivia Democrática" del Plan Nacional de Desarrollo, al emitir resoluciones que agotan la vía administrativa estrictamente apegadas a los hechos



demostrados y a la normativa aplicable a la materia, lo cual logra la consolidación de precedentes en materia de Derecho Administrativo y de regulación de los sectores de Telecomunicaciones y Transportes que servirán de referente para el accionar no sólo de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes y de esta Cartera de Estado, sino de otras entidades estatales que aplican normas del Derecho Administrativo, es imprescindible la realización del presente trabajo de identificación, sistematización y clasificación de precedentes administrativos derivados de fallos emitidos por la ex Superintendencia General del SIRESE durante la gestión 2009 y por este Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, a partir de dicha gestión, en la resolución de recursos jerárquicos en materia regulatoria en los sectores de Telecomunicaciones y Transportes.

II. MARCO NORMATIVO

El artículo 11 del Decreto Supremo N° 0071 dispone que contra la resolución que resuelva el recurso de revocatoria, se podrá interponer el recurso jerárquico ante la autoridad que dictó el fallo de primera instancia, quien remitirá lo actuado al Ministro cabeza de sector que corresponda, en los plazos y bajo los requisitos señalados en la normativa procesal aplicable al sector que corresponda, quien conocerá y resolverá el recurso en lo referente a las actividades de fiscalización, control y supervisión.

El artículo 16 del mencionado Decreto Supremo dispone que la Ministra o Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, adicionalmente a lo establecido en el Decreto Supremo N° 29894, tiene como atribuciones, entre otras, asumir las competencias conferidas a la Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial - SIRESE, en materia de Telecomunicaciones y Transportes, así como resolver los recursos jerárquicos interpuestos contra las resoluciones que resuelvan los recursos de revocatoria, emitidas por el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transportes - ATT.

El numeral 5 del párrafo I del artículo 7 de la Ley N° 164 General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación dispone que, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política del Estado y el artículo 85 de la Ley N° 031 Marco de Autonomías y Descentralización, le corresponde al nivel central del Estado, a través del Ministerio a cargo del sector de Telecomunicaciones definido mediante normativa, es decir, este Ministerio, ejercer a partir de sus competencias exclusivas la atribución de conocer y resolver de manera fundada los recursos jerárquicos interpuestos contra las resoluciones emitidas por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes.

El Capítulo III del Título IV del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por el Decreto Supremo N° 27172, norma la tramitación de los recursos jerárquicos relativos al Sistema de Regulación Sectorial.

El artículo 94 del referido Decreto Supremo dispone que las resoluciones del Superintendente General del SIRESE, para el caso del Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, son irrecurribles en sede administrativa; pronunciadas las mismas o vencido el plazo establecido al efecto, con excepción del silencio positivo establecido en el artículo 93



de esa norma reglamentaria, el recurrente podrá iniciar acción contenciosa administrativa conforme a ley.

III. PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS 1ER SEMESTRE 2016.

Efectuado el mencionado preámbulo, corresponde exponer los precedentes administrativos identificados durante el 1er semestre de la gestión 2016.

Reclamación Administrativa

Es evidente que el usuario no tiene ninguna obligación de presentar pruebas para demostrar su reclamación o rebatir los argumentos que exponga el operador, siendo tarea de la ATT precautelar los derechos de los usuarios y consumidores frente a los operadores y proveedores, realizando una investigación imparcial, teniendo la carga de la prueba el operador que prestó el servicio. (Resolución Ministerial N° 44, de 24 de febrero de 2016)

Legitimación en recursos de impugnación

Es pertinente considerar que por jerarquía normativa establecida en el artículo 410 de la Constitución Política del Estado, la Ley N° 2341 tiene preferencia de aplicación sobre el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113, por lo que para efectos de impugnación de las actuaciones de la ATT, se entiende como legitimados para la interposición de recursos de impugnación a cualquier interesado que considere sus derechos subjetivos o intereses legítimos lesionados o afectados por el pronunciamiento de la autoridad, una vez concluidas las etapas del respectivo procedimiento.

Si bien el artículo 122 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113, se refiere a que el “recurrente” podrá interponer recurso jerárquico, se entiende que dicha previsión se encuentra especificada para aquellos procedimientos en que el interesado en el mismo es uno solo y por lo tanto la aceptación del recurso de revocatoria no implica afectación o lesión a ninguno de sus derecho subjetivos o intereses legítimos o el de terceros.

Sin embargo, este reglamento no contempla los casos en los que exista controversia entre dos o más administrados, como se da en el caso de las reclamaciones administrativas y por lo tanto la aceptación del recurso de revocatoria sí podría afectar los derechos subjetivos o intereses legítimos de una de las partes o del interés público. En consecuencia, no siendo posible restringir el derecho al debido proceso y a la defensa irrestricta de ninguna de las partes intervinientes en un procedimiento, corresponde la aplicación e interpretación amplia de la Ley N° 2341. (Resolución Ministerial N° 70, de 9 de marzo de 2016)

Domicilio de notificación

La autoridad reguladora debió notificar en los domicilios señalados y registrados por el operador, no siendo fundamento suficiente señalar que al haber sido cometida la infracción en Santa Cruz el procedimiento se notificó en las casetas de la Terminal Bimodal, tomando en cuenta que éstas no son el domicilio registrado del operador. (Resolución Ministerial N° 83, de 24 de marzo de 2016)

Alcance del Recurso Jerárquico

En relación al recurso jerárquico y a la revisión que realiza la autoridad jerárquica en este



ámbito, es necesario considerar que las pretensiones formuladas por las partes son la pauta objetiva del procedimiento y condicionan los términos del debate, por lo que el examen que realice el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda estará enmarcado en el principio contenido en el aforismo latino “*tantum devolutum quantum appellatum*”, que se refiere a que el órgano revisor se pronuncia respecto a los agravios contenidos en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) que implica que al resolverse la impugnación ésta sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante.

Cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico no está permitida ni normada la aplicación del principio de “*iuria novit curia*” (tercera posición asumida por el juez por no encontrarse de acuerdo con las posiciones jurídicas de las partes, variando las consideraciones jurídicas del caso), por lo que no es posible que esta cartera de Estado asuma una posición de parte dentro del procedimiento y analice aspectos distintos a los planteados por el recurrente, o no expuestos por éste como en el presente caso, en el entendido que aquello que no es cuestionado no causa un menoscabo a los derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado. (Resolución Ministerial N° 112, de 4 de mayo de 2016)

Manual interno de BOA para resolución de reclamaciones de los usuarios

Un manual interno no se considera una norma de aplicación preferente y menos aún específica, ya que éste será de aplicación únicamente para los procedimientos internos de la entidad y no tiene carácter de norma de alcance general, toda vez que BOA carece de competencia para emitir normas de carácter general.

En ese sentido, es pertinente remarcar que cualquier disposición del operador que tenga por objeto limitar la responsabilidad del operador respecto a daños causados a pasajeros, equipajes y mercancías, fuera de los alcances del ordenamiento jurídico vigente, es nula de pleno derecho, por mandato del artículo 132 de la Ley N° 2902. En consecuencia, si BOA pretende limitar su responsabilidad o establecer montos distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, amparada supuestamente en un Manual interno, dichas determinaciones son nulas de pleno derecho. (Resolución Ministerial N° 209 de 8 de junio de 2016)

Acumulación de procesos

En caso de acumulación de procesos, los plazos se computan a partir de la interposición del primer escrito presentado, tomando en cuenta que los procesos presentados con posterioridad son acumulados al primero, toda vez que los trámites deben ser resueltos en orden y decidirlos a medida que vayan quedando en estado de resolver; en consecuencia, siendo que los plazos para la tramitación de procedimientos administrativos son obligatorios por disposición del artículo 21 de la Ley N° 2341, que la actividad de la administración se rige por los principios de sometimiento pleno a la ley, eficacia, economía, simplicidad y celeridad, impulso de oficio, de proporcionalidad, responsabilidad y resultados, según el artículo 232 de la Constitución Política del Estado y el artículo 4 de la Ley N° 2341 y que es un derecho de los administrados obtener un pronunciamiento motivado y fundamentado dentro de los plazos del procedimiento conforme los incisos h) e i) del artículo 16 de la Ley N° 2341, no es posible una interpretación que pretenda la ampliación de los plazos en favor de la Administración y en desmedro de los derechos de los administrados, considerando que



el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad, como principio fundamental establecido en el inciso a) del artículo 4 de la Ley N° 2341, debiendo la Administración garantizar una tutela eficaz y la satisfacción del derecho de petición de los administrados, con sujeción estricta a las normas. (Resolución Ministerial N° 213, de 13 de junio de 2016)

Silencio Administrativo

No podrá ser la Administración negligente, que además de haber omitido su deber legal de responder formalmente una petición, la que establezca o declare de oficio el silencio administrativo en su favor o beneficio, por lo que éste debe ser alegado por la parte afectada y que pretende hacer valer sus derechos, ya que el silencio administrativo no fue instituido para evitar exclusivamente dilaciones en el procedimiento, si con ello se derivan perjuicios para el administrado y correlativos beneficios para la Administración, como lo establece la doctrina. (Resolución Ministerial N° 213, de 13 de junio de 2016)

La figura del silencio administrativo negativo no está instituida para favorecer las omisiones de la Administración, sino para precautelar el derecho de impugnación de los administrados, por lo tanto, no es correcto ni legal invocar este instituto como fundamentación y justificación de la falta de pronunciamiento de la Administración ya que no puede ser determinado de oficio, sino únicamente a petición de la parte interesada, dentro del alcance del artículo 34 del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27172. (Resolución Ministerial N° 261, de 15 de junio de 2016)

Código Civil en los contratos administrativos

Las disposiciones del Código Civil sobre los contratos suscritos entre particulares, no son aplicables a los contratos administrativos, y tampoco se aplica a la otorgación de títulos habilitantes, en este caso las Autorizaciones Transitorias Especiales – antes Contratos de Concesión - toda vez que éstos cuentan con sus propias normas y principios y no se contempla la supletoriedad del Código Civil en estos aspectos. (Resolución Ministerial N° 225, de 23 de junio de 2016)

Obligación de Resolver

En consideración a que lo dispuesto por el párrafo II del artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala que la Administración Pública no podrá dejar de resolver el asunto sometido a su conocimiento aduciendo falta, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables. Por lo que aún cuando no existan los referidos lineamientos debió existir un pronunciamiento expreso del ente regulador respecto de lo solicitado por NUEVATEL S.A., no pudiendo omitirse tal pronunciamiento por la oscuridad o vacío de la norma para resolver un caso sometido a su competencia; siendo evidente que el Reglamento a la Ley N° 164 aprobado por el Decreto Supremo N° 1391 estableció que las solicitudes de servidumbres en curso deben ser atendidas conforme a la normativa anterior. (Resolución Ministerial N° 071, de 11 de marzo de 2016)

Derecho de Petición

Debido al tiempo transcurrido desde la presentación de las solicitudes de servidumbre sobre bienes de dominio público, que datan inclusive desde el año 2007, y debido a la falta de fundamentación de la respuesta contenida en la Nota ATT-DTLTIC-N LP 1020/2015 de 12 de agosto de 2015, podría resultar afectado el Derecho de Petición de NUEVATEL S.A.



consagrado por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado el cual dispone que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta; y que para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario; por lo cual deben reconducirse las actuaciones del ente regulador, observando la normativa aplicable al caso.

Al no atender lo solicitado sin la fundamentación suficiente afectó el derecho de petición establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado. (Resolución Ministerial N° 071, de 11 de marzo de 2016)

La notificación irregular vicia de nulidad el procedimiento

De la revisión del expediente del caso se ha establecido que adicionalmente a lo expresado líneas arriba, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes notificó al recurrente los Autos ATT-DJ-A TL LP 812/2015 y ATT-DJ-A TL LP 814/2015 de Apertura de Término de Prueba de 5 de junio de 2015, **el 18 de agosto de 2015**; y por otra parte, emitió los Autos ATT-DJ-A TL LP 984/2015 y ATT-DJ-A TL LP 985/2015 de Clausura del término de prueba, el **27 de julio de 2015**; notificándolos el 3 de septiembre de 2015; es decir, el ente regulador dispuso la clausura del término de prueba sin haber notificado la apertura del mismo al interesado; aspecto que evidencia que pudo haberse dejado en indefensión al Gobierno Autónomo Municipal de Camataqui-Villa Abecia; adicionalmente, cabe señalar que tanto los Autos de apertura como de clausura del término de prueba fueron notificados sin cumplir los plazos normativamente determinados. En tal entendido, corresponde manifestar que se evidenciaron vicios que hacen nulos tanto los Autos de Clausura del término de prueba como la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1344/2015 de 3 de noviembre de 2015 y no se garantizó el ejercicio adecuado y oportuno del derecho a la defensa. (Resolución Ministerial N° 098, de 13 de abril de 2016)

Carácter preclusivo de los términos

Es necesario recordar el carácter preclusivo de los términos para la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico concebidos como plazos de caducidad, de manera que si éstos no se interponen dentro del plazo legalmente establecido se pierde la posibilidad de hacerlo en el futuro. Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional manifestó en su Sentencia Constitucional 0852/2010-R de 10 de agosto de 2010, haciendo referencia a la Sentencia Constitucional 1157/2003-R de 15 de agosto de 2003, que: “por principio general del derecho ningún actor procesal puede pretender que el órgano jurisdiccional esté a su disposición en forma indefinida, sino que sólo podrá estarlo dentro de un tiempo razonable, pues también es importante señalar que si en ese tiempo el agraviado no presenta ningún reclamo implica que no tiene interés alguno en que sus derechos y garantías le sean restituidos. Se debe dejar expresamente establecido que, de acuerdo a jurisprudencia constitucional, no se produce indefensión si la situación en la que el procesado se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o que le sea imputable por falta de la necesaria diligencia. (Resolución Ministerial N° 212, de 08 de junio de 2016)

Inaplicabilidad del término de la distancia

En el caso, BoA desde la contestación a la formulación de cargos señaló domicilio expresamente en Avenida Camacho esquina Loayza en la ciudad de La Paz, el mismo que fue ratificado al interponer el recurso de recurso de revocatoria contra la Resolución



Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA-ODE-TR LP 142/2015 y al plantear recurso jerárquico en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria, actuaciones cursantes a fojas 38 vuelta, 20 vuelta y 3 del expediente del caso, respectivamente; lo que desvirtúa totalmente la aplicabilidad del párrafo III del artículo 21 de la Ley N° 2341 al caso concreto. Adicionalmente, a lo señalado, debe recordarse que la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes cuenta con una oficina regional en la ciudad de Cochabamba en la que BoA pudo igualmente presentar su recurso, desvirtuándose la supuesta pertinencia de aplicar en el caso el término de la distancia, que como quedó evidenciado no corresponde. (Resolución Ministerial N° 212, de 08 de junio de 2016)

Vigencia del Reglamento aprobado a través del Decreto Supremo N° 25950

Debe hacerse notar que por mandato expreso de la mencionada Ley N° 164 su aplicación es progresiva, encontrándose subordinada a la emisión de los respectivos reglamentos, destacándose que hasta la fecha no se emitió el correspondiente Reglamento de Infracciones y Sanciones, encontrándose vigente el aprobado a través del Decreto Supremo N° 25950 siendo, por tanto, el instrumento aplicable al caso en análisis, sin que su utilización contravenga de ninguna manera a la Ley N° 164, especialmente si se considera que la imposición de una sanción establecida “según el servicio al que corresponda”, obedece a un parámetro que será esclarecido recién el momento en que se emita el reglamento señalado, por lo que las interpretaciones que el recurrente pretende darle carecen de respaldo jurídico. (Resolución Ministerial N° 231, de 23 de junio de 2016)

Falta de Diligencia no constituye imposibilidad

Inicialmente mediante RAR ATT-DJ-RA TL LP 0013/2015 de fecha 07 de enero e 2015 se realizó una intimación para que COTAS Ltda. presente un cronograma de adecuación de su sistema y/o metodología de medición. COTAS Ltda., informó que recién a mediados del año 2014 algunos operadores habían accedido a la apertura del protocolo de pruebas ICMP, con lo cual ha sido posible iniciar parcialmente el proceso de medición a través de las pruebas PING, y que se continuaba trabajando en ese sentido para poder realizar las pruebas necesarias para la medición de ambas metas de calidad; ello demuestra que la supuesta imposibilidad técnica sistemáticamente expresada por COTAS Ltda., carece de fundamentación suficiente ya que las aseveraciones del operador permiten constatar la validez de los requerimientos efectuados por el ente regulador en los procesos de verificación de metas y la negativa a considerar válida la imposibilidad argumentada por el operador; que como expresamente señala, tal imposibilidad se habría debido a su falta de diligencia para efectuar las adecuaciones técnicas requeridas para contar con la información necesaria para la verificación de las metas objeto del proceso. (Resolución Ministerial N° 231, de 23 de junio de 2016)

Es todo en cuanto tengo a bien informar.