RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 057

La Paz, 04 MAR 2015

VISTOS: el recurso jerárquico planteado por Julio César Villarroel Camacho, en representación de Transporte Aéreo Militar - TAM, en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 208/2014, de 14 de octubre de 2014, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes.

CONSIDERANDO: que el recurso jerárquico de referencia tuvo origen en los siguientes antecedentes:

1. En fecha 23 de agosto de 2013, Freddy Vega Mercado presentó reclamación administrativa ante la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, por el cambio de un vuelo sin haber sido comunicado con la debida anticipación a los pasajeros, por lo que la ATT, a través del Auto ATT-DJ-A-ODE-TR 0259/2013, de 31 de diciembre de 2013, formuló cargos al TAM por el presunto maltrato que recibió Freddy Vega Mercado por parte del personal de su *Call Center*; por la presunta falta de respuesta a la reclamación directa presentada por el usuario y el presunto cambio de aeropuerto del Trompillo a Viru Viru del vuelo 974 de 30 de junio de 2013; y corrió traslado para que el TAM conteste a los mismos en el plazo de siete días hábiles administrativos (fojas 2 y 8 a 14).

2. Mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA-ODE-TR LP 60/2014, de 26 de junio de 2014, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes declaró fundada la reclamación interpuesta por Freddy Vega Mercado contra el TAM por el cambio de aeropuerto del Trompillo a Viru Viru del vuelo Nº 974 en la ruta Santa Cruz – Cochabamba, instruyendo la compensación por los gastos de trasporte del aeropuerto el Trompillo a Viru Viru al usuario y por el maltrato que recibió Freddy Vega Mercado por parte del personal de su *Call Center*, apercibiendo al operador (fojas 19 a 27).

3. En fecha 23 de julio de 2014, Julio César Villarroel Camacho, en representación del TAM, interpuso recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA-ODE-TR LP 60/2014, argumentando lo siguiente (fojas 31 a 32):

i) La notificación digital nunca fue de conocimiento del TAM, no se procedió a su apertura de forma digital, ya que el sistema en ningún momento fue implementado en el TAM de forma real y eficaz, por lo que no se tuvo conocimiento efectivo del Auto de Formulación de Cargos ATT-DJ-A-ODE TR 0259/2013.

ii) El sistema de notificaciones electrónicas desde el punto de vista mecánico procesal cumple lo que dispone la Ley de Procedimiento Administrativo, pero el tema de sus efectos vulnera el derecho a la defensa, elemento esencial del debido proceso, puesto que este procedimiento determina que si a tercero día el operador no hace apertura del archivo del sistema de notificación se da por notificado, disponiendo en tal caso de la caducidad del derecho a la defensa.

iii) El procedimiento de la notificación por correo electrónico debió cumplir con todas las exigencias constitucionales del debido proceso, aspecto que no se verificó, puesto que la ATT sólo se limitó a cumplir una formalidad procesal omitiendo la finalidad que tiene toda notificación y que es un principio en el derecho, que es el conocimiento efectivo del acto administrativo por parte del destinatario.

iv) El TAM nunca abrió los archivos enviados digitalmente por fallas del sistema, aspecto que la administración debió prever y tomar las medidas necesarias para que se cumpla con lo que manda la Constitución Política del Estado para garantizar el debido proceso.

v) No es posible que la Resolución Administrativa que determina la notificación vía correo electrónico, determine la caducidad o bien dé por bien hecha la notificación presumiendo conocimiento efectivo, aspecto que sólo corresponde a una ley formal.

U.R.J. Vº Bº V.P.M.R. M.O.P.S.V.

vi) Debe disponerse la nulidad de todo el procedimiento, de conformidad con el artículo 35, literal d) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

4. La Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 208/2014, de 14 de octubre de 2014, rechazó el recurso de revocatoria interpuesto por el TAM contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA-ODE-TR LP 60/2014. Tal determinación fue asumida considerando los siguientes criterios (fojas 41 a 47):

i) Haciendo una copia textual de parte del análisis establecido en la Resolución Ministerial Nº 133, de 30 de mayo de 2014, referida a la impugnación de Telecel S.A. contra la Resolución Administrativa ATT-DJ-RA 0022/2012, rechaza los argumentos planteados.

ii) La Unidad de Sistemas de la ATT informó que desde la vigencia del sistema, se realizaron 93 notificaciones al operador y que 17 fueron visualizadas por éste. Esta visualización representa un estado de conocimiento previo sobre el funcionamiento del mencionado sistema.

iii) El ente regulador no recibió ninguna comunicación o reclamo de parte del recurrente que ponga en evidencia o reporte la existencia de fallas en el acceso al usuario proporcionado al TAM, más al contrario, los reportes de las notificaciones visualizadas ponen en evidencia que el estado de indefensión argumentado fue causado por él mismo y no así por el funcionamiento del sistema.

iv) La interpretación del recurrente referente a la notificación en el tercer día de ingresado al buzón el acto administrativo objeto de notificación es errónea, toda vez que la notificación realizada no implica la culminación de plazos, sino más bien es el inicio del cómputo del término para presentar descargos, prueba, etc. Por lo tanto, el argumento de caducidad del derecho a la defensa no tiene asidero legal alguno.

v) Se concluye que el ente regulador no vulneró el derecho a la defensa del recurrente, más al contrario fue el mismo recurrente que de manera voluntaria eligió no asumir defensa dentro del proceso de reclamación administrativa y en la etapa de revocatoria.

5. Notificado el TAM en fecha 17 de octubre de 2014, mediante memorial presentado en fecha 27 de ese mes, Julio César Villarroel Camacho, en representación de este operador, interpuso recurso jerárquico reiterando los argumentos planteados en revocatoria y añadiendo los siguientes (fojas 51 a 52):

i) Se hace referencia a la Resolución Ministerial Nº 133 de 30 de mayo de 2014, como si el criterio legal del Ministerio fuera jurisprudencia que se debe acatar, "aspecto que precisamente el TAM pone en escenario jurídico a la posibilidad del control jurisdiccional y no así el administrativo".

ii) La ATT señala que las notificaciones fueron vía correo electrónico, sin tener el mecanismo de verificar el conocimiento efectivo y real de dichas notificaciones, causando indefensión.

6. Mediante Auto RJ/AR-092/2014, de 4 de noviembre de 2014, este Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda radicó el recurso jerárquico interpuesto por Julio César Villarroel Camacho, en representación del TAM, en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 208/2014 (fojas 54).

CONSIDERANDO: que a través de Informe Jurídico MOPSV-DGAJ Nº 170/2015 de 3 de marzo de 2015, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de este Ministerio, producto del análisis del recurso jerárquico que ahora se examina, recomendó la emisión de Resolución Ministerial por medio de la cual se acepte el recurso jerárquico planteado por Julio César Villarroel Camacho, en representación de Transporte Aéreo Militar - TAM, en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 208/2014, de 14 de octubre de 2014, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, revocándola totalmente.

CONSIDERANDO: que analizados los antecedentes del recurso jerárquico motivo de autos y lo expuesto en el Informe Jurídico MOPSV-DGAJ Nº 170/2015, se tienen las siguientes

conclusiones:

1. El inciso c) del artículo 4 de la Ley Nº 2341 dispone que la actividad administrativa se regirá por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, que dispone que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

2. El parágrafo V del artículo 33 de la Ley Nº 2341 dispone que las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, de la fecha de notificación, de la identidad del notificado o de quien lo represente y del contenido del acto notificado.

3. El inciso a) del artículo 13 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27172 dispone que los actos que disponen el traslado de reclamaciones y cargos, serán notificados mediante cédula en los domicilios de los operadores registrados en el ente regulador o en el domicilio de los interesados, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 33, parágrafos IV y VI de la Ley de Procedimiento Administrativo.

4. El parágrafo I del artículo 15 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27172 prescribe que el ente regulador dispondrá notificaciones mediante correo electrónico y fax siempre que los administrados registren voluntariamente, a este efecto, estos medios concurrentes de notificación en los registros de la Autoridad reguladora.

5. Una vez referidos los mencionados antecedentes y la normativa aplicable, es pertinente precisar que la controversia en el presente caso se centra en determinar si la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes actuó conforme a la normativa aplicable en relación al debido proceso.

6. A tal efecto, corresponde a esta autoridad jerárquica efectuar el análisis de los argumentos expuestos por Julio César Villarroel Camacho, en representación del TAM, en el orden en que fueron expuestos en su recurso jerárquico. Así, el TAM argumenta que se hace referencia a la Resolución Ministerial Nº 133 de 30 de mayo de 2014, como si el criterio legal del Ministerio fuera jurisprudencia que se debe acatar, "aspecto que precisamente el TAM pone en escenario jurídico a la posibilidad del control jurisdiccional y no así el administrativo". Al respecto, es menester señalar que si bien es cierto que la Administración, en este caso el Ministerio, no genera jurisprudencia, no obstante, los fallos y determinaciones de la Administración se denominan dentro del derecho administrativo precedentes administrativos. En este sentido, cabe destacar que el precedente administrativo, según lo ha definido la doctrina, es aquella actuación pasada de la Administración que condiciona sus actuaciones, exigiendo un contenido similar para casos similares, tomando en cuenta que éste existe en el marco del procedimiento administrativo. El precedente administrativo se conforma a partir de una decisión final de un órgano competente cuya importancia exhorta e invita a repetirla en casos similares. Nuestro ordenamiento jurídico administrativo reconoce al precedente un cierto grado de obligatoriedad, al establecer en el artículo 30, inciso c) de la Ley Nº 2341, la obligación de la Administración de motivar aquellas resoluciones que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

7. 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.

8. En ese sentido, respecto a la aseveración del TAM "como si el criterio legal del Ministerio fuera jurisprudencia que se debe acatar", corresponde señalar que la entidad reguladora, en este caso la ATT, no puede apartarse de los criterios de legitimidad establecidos por el superior jerárquico, porque ello constituiría un acto sin el presupuesto de legitimidad, generando así un acto administrativo arbitrario, el cual no se ajustaría al ordenamiento jurídico establecido y generaría inseguridad jurídica a los administrados, más aún si se tiene en cuenta que la competencia funcional, que relaciona a la autoridad sectorial con el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, halla su fundamento en el derecho a la impugnación como elemento constitutivo al debido proceso y de control de la administración sobre sus actos para ser tenido en el espectro de la legalidad.

Por su parte, en relación a los administrados, cabe destacar que entre los principios que rigen la relación de éstos con la Administración se encuentran el de buena fe que establece que la cooperación, la confianza y la lealtad de los servidores públicos y de los ciudadanos orientará el procedimiento administrativo; y el principio de autotutela que determina que la Administración Pública dicta actos que tiene efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por si misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior. Por lo tanto, al ser las resoluciones emitidas por este Ministerio actos administrativos emitidos en ejercicio de las competencias y facultades emanadas de la ley, son de cumplimiento obligatorio tanto para el ente regulador como para los ciudadanos o administrados, en este caso el TAM, como administrado y operador de un servicio público regulado.

9. En relación al control jurisdiccional y no así el administrativo a los que alude el recurrente; cabe señalar que de acuerdo al Principio de Control Judicial recogido por el inciso i) del artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, el Órgano Judicial controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables. A este fin, es necesario que el administrado agote previamente la vía administrativa, conforme lo disponen el artículo 69 de la Ley Nº 2341 y el artículo 94 del Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 27172, siendo el control judicial un derecho de los administrados para el control de legalidad de los actos de la Administración Publica.

10. Respecto al argumento de que las notificaciones fueron vía correo electrónico, sin que la ATT tenga el mecanismo de verificar el conocimiento efectivo y real de dichas notificaciones, causando indefensión, el ente regulador señaló que de acuerdo a lo informado por la Unidad de Sistemas de la ATT, desde la vigencia del sistema, se realizaron 93 notificaciones al TAM y que 17 fueron visualizadas por éste. En consecuencia, se evidencia que la ATT cuenta con los mecanismos necesarios para la verificación de las visualizaciones de las notificaciones realizadas a través de dicho sistema.

Sin embargo, de la revisión de los antecedentes, se evidencia que a fojas 16 cursa el formulario Nº "2990/" de la constancia de la notificación electrónica, de la supuesta notificación con el Auto ATT-DJ-A-ODE-TR 0259/2013, el cual no contiene la fecha completa al omitir señalar el año en la que la diligencia fue realizada, el correlativo del formulario no tiene el año al que corresponde según lo determina el parágrafo II del artículo 8 del Instructivo aprobado mediante Resolución Administrativa ATT-DJ-RA 0022/2012, de 19 de septiembre de 2012, ni contiene la firma del servidor público que habría practicado la misma, mostrando de esta manera que no se tiene una constancia fidedigna de la diligencia de notificación que habría sido practicada.

11. Acerca de que la notificación digital nunca fue de conocimiento del TAM, no se procedió a su apertura de forma digital, ya que el sistema en ningún momento fue implementado en el TAM de forma real y eficaz, por lo que no se tuvo conocimiento efectivo del Auto de Formulación de Cargos ATT-DJ-A-ODE TR 0259/2013; corresponde señalar que siendo la incorporación al Sistema de Notificaciones absolutamente voluntario y ante la aseveración del TAM de no haber aceptado su implementación, es evidente que la notificación realizada a través del correo electrónico no ha cumplido con la finalidad de que el operador tenga conocimiento efectivo del

traslado de los cargos que le estaban siendo imputados para que asuma defensa, situación que le genera indefensión, destacándose además que de conformidad con el artículo 15 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27172, es imprescindible que la notificación mediante correo electrónico sea acompañada de la respectiva notificación vía fax como medios concurrentes de notificación y previo consentimiento expreso del administrado.

En consecuencia, siendo que el TAM no ha aceptado de forma voluntaria que las notificaciones de los actos administrativos emitidos por la ATT le sean notificados por vía concurrente, ni ha registrado el correo electrónico y número de fax respectivos, conforme lo dispone el artículo 15 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, dicha notificación no tiene efecto legal al no adecuarse al ordenamiento legal administrativo aplicable.

12. En cuanto a que el sistema de notificaciones electrónicas desde el punto de vista mecánico procesal cumple lo que dispone la Ley de Procedimiento Administrativo, pero el tema de sus efectos vulnera el derecho a la defensa, elemento esencial del debido proceso, puesto que este procedimiento determina que si a tercero día el operador no hace apertura del archivo del sistema de notificación se da por notificado, disponiendo en tal caso de la caducidad del derecho a la defensa; cabe destacar que según se estableció en la Resolución Ministerial Nº 133 de 29 de abril de 2013, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes debe adecuar el Instructivo aprobado mediante Resolución Administrativa ATT-DJ-RA 0022/2012, de 19 de septiembre de 2012, y dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, es decir, además de la remisión vía correo electrónico debe remitir la notificación por fax, caso contrario no se cumplen con las premisas establecidas en el ordenamiento jurídico aplicable a la ATT.

13. Respecto a que el procedimiento de la notificación por correo electrónico debió cumplir con todas las exigencias constitucionales del debido proceso, aspecto que no llegó a verificarse, puesto que la ATT sólo se limitó a cumplir una formalidad procesal omitiendo la finalidad que tiene toda notificación y que es un principio en el derecho, el conocimiento efectivo del acto administrativo por parte del destinatario; corresponde señalar que conforme ya se estableció en los puntos precedentes, la notificación con el Auto de Formulación de Cargos no cumple con los requisitos establecidos en el parágrafo V del artículo 33 de la Ley Nº 2341, al no tener la constancia de la fecha de notificación y de que hubiera sido practicada por un servidor público de la ATT que tenga las facultades para realizar dicha diligencia al no tener la firma y rúbrica respectiva que den fe y constancia de que la misma fue realizada conforme lo señala el formulario, además de no haber logrado la finalidad de que el operador tenga conocimiento efectivo del traslado de la formulación de cargos al no ser un medio de notificación legalmente válido.

Por otra parte, de la revisión de obrados, se genera una duda respecto a la actuación de la ATT, tomando en cuenta que si bien se cumplió con la formalidad procesal de notificar al TAM el Auto de Formulación de Cargos por el Sistema de Notificaciones Electrónico, afectando la validez de dicha diligencia, la autoridad reguladora notificó la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA-ODE TR LP 60/2014, de 26 de junio de 2014 en el domicilio registrado del TAM en la Avenida Montes Nº 734, según consta a fojas 30 del expediente, quedando así en evidencia la arbitrariedad del regulador a tiempo de efectuar sus notificaciones, porque no es posible determinar bajo qué criterio efectúa ciertas notificaciones por su Sistema de Notificaciones Electrónico y otras mediante cédula en los domicilios registrados.

14. Acerca de que debe disponerse la nulidad de todo el procedimiento, de conformidad con el artículo 35, literal d) de la Ley de Procedimiento Administrativo; es necesario señalar que habiéndose demostrado que el TAM fue notificado a través de un medio que no es legalmente válido, al no estar adecuado a las disposiciones normativas vigentes establecidas en el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27172, este operador no conoció de la formulación de cargos en su contra, por lo que no pudo ejercer su derecho a la defensa, en consecuencia, corresponde anular el procedimiento hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la notificación con la formulación de cargos, inclusive.

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que resulta claro que las diligencias de notificación,

deben ser realizadas de forma correcta y debida, a objeto de no ocasionar indefensión en las partes; sin embargo, dicha exigencia no es absoluta, toda vez que aunque las diligencias incurran en errores o incumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, si cumplen su finalidad, cual es que las partes tengan conocimiento del acto procesal que les es notificado, las mismas son válidas. En ese marco, la Sentencia Constitucional 1376/2004-R de 25 de agosto de 2004, revalidada por la Sentencia Constitucional 0295/2010-R de 7 de junio de 2010, estableció: "...la sola falta de formalidad en una notificación no implica vulneración al citado derecho, sino que debe demostrarse que con ello se impidió que el interesado hubiera tomado conocimiento material del proceso en su contra, pues si la notificación aún defectuosa cumplió su objetivo no existe vulneración al derecho a la defensa..."; advirtiéndose en el caso en análisis, que no es evidente que la "notificación" practicada por el ente reglador con el Auto de Formulación de Cargos ATT-DJ-A-ODE TR 0259/2013 llegara a poner en conocimiento del administrado el contenido del referido auto.

En este sentido, la Autoridad reguladora está obligada a realizar las diligencias de notificación de forma correcta y debida y con las formalidades establecidas en la norma, según lo dispone el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley; empero en el presente caso, además de haber notificado al TAM a través de un medio que no es legalmente válido, la finalidad de la notificación de que este operador tuviera conocimiento que se le estaban formulando cargos como consecuencia de una reclamación administrativa no fue cumplida, toda vez que no es evidente que el TAM tuviera conocimiento del contenido del Auto ATT-DJ-A-ODE-TR 0259/2013, aspectos que demuestran que el ente regulador no tomó los recaudos necesarios para garantizar que el operador tome conocimiento material del proceso en su contra. Por lo tanto, sin que amerite ingresar en el análisis de otros argumentos planteados por el recurrente, corresponde aceptar el recurso jerárquico y anular obrados hasta el vicio más antiguo.

15. Por todo lo referido y en el marco del inciso b) del artículo 16 del Decreto Supremo Nº 0071 y del inciso b) del parágrafo II del artículo 91 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27172, corresponde aceptar el recurso jerárquico planteado por Julio César Villarroel Camacho, en representación de TAM, en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 208/2014, revocando dicho acto administrativo y en consecuencia anular el procedimiento hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la notificación con la formulación de cargos, inclusive.

POR TANTO:

El Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

PRIMERO.- Aceptar el recurso jerárquico planteado por Julio César Villarroel Camacho, en representación de Transporte Aéreo Militar - TAM, en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 208/2014, de 14 de octubre de 2014, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, revocándola totalmente.

SEGUNDO.- Anular el procedimiento hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la notificación con el Auto ATT-DJ-A-ODE-TR 0259/2013, de 3 de diciembre de 2013 de formulación de cargos, inclusive.

TERCERO.- Instruir a la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes notificar a Transporte Aéreo Militar en su domicilio registrado, cumpliendo con las formalidades establecidas en la Ley Nº 2341 y el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27172.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Milton Claros Hinojosa
Ministro
Min. Obras Públicas, Servicios y Vivienda

U.R.J. Vº Bº V.P.M.R. M.O.P.S.V.