



RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 041

La Paz, 25 ENE. 2018

VISTOS: El recurso jerárquico interpuesto por David Lanza Nolasco, en representación de Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017 de 29 de agosto de 2017, 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. El Informe Técnico ATT-DTRSP-INF TEC LP 572/2016 de 3 de agosto de 2016, concluyó que AIR EUROPA en la evaluación del Factor de Puntualidad (FDP) y Factor de Cancelación (FDC) correspondiente al periodo febrero-abril 2015 obtuvo como resultado de FDP 0,28, inferior al mínimo permitido en el artículo Segundo de la Resolución Administrativa Regulatoria 0384/2010, y FDC es 0,02 inferior al máximo establecido; presuntamente incumpliendo el límite de tolerancia del FDP, recomendando iniciar el proceso administrativo correspondiente (fojas 8 a 3).

2. Mediante Auto ATT-DJ-A TR LP 31/2017 de 18 de enero de 2017, notificado el día 25 de ese mes y año, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes resolvió formular cargos contra Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, por el presunto incumplimiento al FDP en el trimestre comprendido entre febrero a abril de 2015, infracción prevista en el artículo 37 del Decreto Supremo N° 24718 que aprobó las Normas para la Regulación de los Servicios Aeronáuticos y Servicios Aeroportuarios; corrió en traslado al operador para que presente sus descargos en el plazo de diez días para la presentación de la documentación requerida (fojas 13 a 9).

3. A través de memorial de 7 de febrero de 2017, David Lanza Nolasco, en representación de AIR EUROPA, contestó al Auto ATT-DJ-A TR LP 31/2017 adjuntando documentación de descargo y pidiendo el archivo de obrados (fojas 19 a 15).

4. El 23 de junio de 2017, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes dictó la Resolución Sancionatoria ATT-DJ-RA S-TR LP 84/2017 que resolvió declarar probados los cargos formulados contra Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, al haber incurrido en la infracción prevista en el artículo 37 del Decreto Supremo N° 24718 por el incumplimiento del FDP establecido en el artículo segundo de la "RAR 384/2010" durante el trimestre comprendido entre febrero a abril de 2015 y sancionar a Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, con una multa de Bs50.000.-; en conformidad al artículo 37 de las Normas aprobadas por el Decreto Supremo N° 24718; tal determinación fue asumida en consideración a los siguientes fundamentos (fojas 49 a 40):

i) El Informe de Investigación, por el cual se realiza la evaluación del Factor de Puntualidad (FDP) y del Factor de Cancelación (FDC) del trimestre mayo, junio y julio 2014 concluyó que el FDP es 0,28; inferior al mínimo permitido en la "RAR 0384/2010".

ii) La ATT basó su evaluación del FDC en los itinerarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) y la documentación remitida por el operador, antes de inicio del proceso administrativo. La evaluación del FDP y FDC es producto de todos los vuelos programados por el operador y los mismos deben estar aprobados por la Autoridad Competente.

iii) Se determinó que la demora de 34 vuelos observados no puede ser atribuida a las labores de la FELCN.

iv) En relación a las labores de la FELCN y la Dirección General de Migración, no se cuenta con respaldo documental de 36 vuelos demorados.

v) El operador incumplió con los parámetros establecidos en la Resolución Administrativa Regulatoria TR N° 384/2010 correspondiendo la imposición de una sanción de Bs50.000.-

5. Mediante memorial de 13 de julio de 2017, David Lanza Nolasco, en representación de Air



Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, interpuso recurso de revocatoria contra la Resolución Sancionatoria ATT-DJ-RA S-TR LP 84/2017, argumentando lo siguiente (fojas 107 a 97):

i) Para la ATT la única prueba válida, veraz y con verdadero valor probatorio es el informe de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico (FELCN) y que, además, contenga los datos requeridos. Ello atenta al derecho a la defensa; es posible que la ATT sostenga que así lo expresa la normativa contenida en la Resolución Administrativa SC-STR-DS-RA-0419/2008 y que no puede apartarse de la misma. El regulador debería garantizar el debido proceso permitiendo todos los medios de prueba.

ii) La prueba que exige la ATT como única forma de descargo no ha sido posible obtenerla en el transcurso del proceso sancionador; sin embargo, dicha prueba se adjuntó al recurso de revocatoria. La prueba requerida por la ATT no depende de AIR EUROPA y escapa totalmente de su buena fe y actuación en su pretensión de obtener la misma de la manera que es exigida.

iii) La resolución recurrida atenta al principio de verdad material, establecido en el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341, así como en la doctrina.

iv) La ATT a tiempo de la imposición de cargos se basó en información proporcionada por SABSA en la que se expone de manera clara que la actuación de la FELCN en la revisión de equipajes ha sido determinante en el retraso de la salida de los vuelos descritos en el anexo de la resolución recurrida y en el Auto de Formulación de Cargos. Los datos de la actuación de la FELCN eran de conocimiento de la ATT antes de la formulación de cargos y, pese a ello, la ATT ha persistido en imponer cargos e inducir a AIR EUROPA en un procedimiento inocuo en el que el regulador sabía y conocía que los vuelos que observó se encontraban exentos de responsabilidad para el operador.

v) El fallo de la ATT carece de proporcionalidad en cuanto a la sanción impuesta ya que sería exactamente lo mismo que un vuelo se atrase un minuto o que se atrase horas toda la flota de una aerolínea, pues la sanción sería la misma; ello atenta contra el principio de proporcionalidad regido por el inciso p) del artículo 4 y por los artículos 29, 71 y 75 de la Ley N° 2341, viciando de nulidad el acto emitido.

vi) El accionar de la ATT atenta al principio de buena fe contenido en el inciso e) del artículo 4 de la Ley N° 2341, ya que el regulador tenía prueba de "primera mano" que condice con eximentes de responsabilidad del administrado.

vii) Se recibió la respuesta de la FELCN relativa a los vuelos realizados por AIR EUROPA en el trimestre de febrero a abril de 2015, documento que se adjunta al recurso de revocatoria y con el que se cumple en proporcionar la única prueba que resulta válida para la ATT.

6. El 29 de agosto de 2017, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes dictó la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017 que resolvió rechazar el Recurso de Revocatoria interpuesto por AIR EUROPA contra la Resolución Sancionatoria ATT-DJ-RA S-TR LP 84/2017, confirmándola totalmente; expresando los siguientes fundamentos (fojas 118 a 110):

i) El recurrente desde el momento en el que fue notificado con el Auto ATT-DJ-A TR LP 31/2017 de formulación de cargos, pudo aportar la prueba pertinente. La afirmación sobre la vulneración al derecho a la defensa y al debido proceso no tiene asidero legal.

ii) El principio de verdad material implica que la ATT deba verificar los hechos que sirven de motivo para sus decisiones. El operador no puede afirmar que la ATT sabía que las demoras producidas se debieron a actuaciones de la FELCN, que tenía los elementos suficientes y la información adecuada para aplicar tal principio cuando dentro del proceso de fiscalización, éste no remitió la información que pudiera haber probado dichos extremos. El operador se excede al aseverar que la ATT lo sometió a un proceso inocuo.

iii) No puede pretenderse que en virtud a la aplicación del principio de verdad material pueda liberarse de la responsabilidad de presentar los documentos pertinentes que debieron contener





los requisitos para ser considerados como prueba idónea. Cuando la ATT efectúa una evaluación de los estándares del FDC y FDP y encuentra un incumplimiento, más allá de los límites de tolerancia, inicia un proceso sancionador de oficio en el que la carga de la prueba pesa sobre la Administración; sin embargo, cuando el procesado invoca un caso de fuerza mayor o caso fortuito la carga de la prueba se invierte.

iv) La prueba idónea se encuentra identificada en el artículo Octavo de la "RA 419/2008", que establece que todas las pruebas de descargo deberán ser documentadas con informes oficiales de las entidades pertinentes u otras entidades involucradas y, para el caso específico de cancelaciones y/o demora ocasionados por inconvenientes en el control de Migración y/o FELCN, se establece que el operador debe presentar una copia del registro de Fecha, Hora de Inicio y Hora de Finalización del trabajo desarrollado por estas instituciones, para cada vuelo demorado o cancelado.

v) Se impuso la sanción que corresponde a la infracción que se le imputa, aplicándose el monto mínimo establecido. Las aseveraciones del recurrente no tienen asidero ya que la sanción podría no ser la misma, pues la ATT cuenta con la facultad discrecional que le otorga el citado artículo 37 de imponer una multa entre Bs50.000 y Bs500.000.

vi) El operador no aportó las pruebas necesarias para que su defensa sea efectiva; por lo que la alusión de vulneración del principio de buena fe no tiene asidero legal.

vii) El operador advierte de la existencia de una imposibilidad para poder conseguir la prueba exigida por la ATT en el proceso de instancia, pero no explica en qué consistió la misma, ni cuando comenzó, ni cuando terminó dicha imposibilidad. El recurrente precisa que la prueba requerida por la ATT no depende de él; sin embargo, quien debe cumplir con todas las diligencias y el seguimiento para que la entidad involucrada emita el documento requerido es el operador como directo interesado.

viii) El operador presentó las siguientes pruebas: **a)** Nota STRIA. Gral. Cite No. 229/2017 de 24 de mayo de 2017, emitida por el Jefe Regional FELCN Aeropuerto Viru Viru; **b)** Nota ()Lene 0052/17 JEF.REG.AP-FELCN S.C. de 15 de marzo de 2017; **c)** Informe emitido el 15 de marzo de 2017 por el Encargado Secc. RR.HH. C.A.A.D.D. Oriente de la Jefatura Regional de la FELCN; **d)** Boleta del registro N° 032 de 03 de febrero de 2017, de control de correspondencia; **e)** Nota de 26 de enero de 2017, con cargo de recepción de 3 de febrero de 2017, emitida por AIR EUROPA, dirigida al Comandante de la FELCN del Aeropuerto de Viru Viru por la que solicita se le proporcione una copia del registro de fecha, hora de inicio y hora de finalización del trabajo desarrollado por la FELCN, para cada vuelo demorado o cancelado en el lapso de febrero a abril de 2015; **f)** Copia del "Auto 31/2017"; **g)** Copia de Nota de 12 de enero de 2016, dirigida por el operador al Director Ejecutivo de la ATT; **h)** Boleta del registro N° 182 de 21 de abril de 2017, de control de correspondencia; **i)** Hoja de Ruta de 3 de mayo de 2015; **j)** Copia de Nota de 14 de marzo de 2017 dirigida al Comandante de la FELCN Aeropuerto Viru Viru; y **k)** 32 fojas en fotocopias simples del "Libro de Novedades" de la Jefatura Regional del Aeropuerto Internacional de Viru Viru de la Dirección Departamental Especial de Lucha Contra el Narcotráfico (C.A.C.D.D.)

ix) De los documentos remitidos como pruebas adjuntas al recurso de revocatoria, dos ya fueron presentados en instancia y valorados en su momento y otros como los individualizados en los incisos d), h) e i) no constituyen prueba idónea, ya que no contienen datos suficientes para identificar a qué tipo de trámite pertenecen. La copia del "Auto 31/2017" citada en el inciso f) tampoco aporta elementos de prueba, al igual que la prueba referida en el inciso g).

Las pruebas relevantes son las de los incisos a), b) y c), la nota Of.cite 0052/17 IEF.R EG.AP-FELCN S.C. y el "INFORME" nombrado en el inciso c) fueron emitidos el 15 de marzo de 2017, mientras que la nota STRIA. Gral. Cite No. 229/2017 fue emitida el 24 de Mayo de 2017; una vez notificado el operador con el Auto31/2017 el 25 de enero de 2017, recién mediante nota del día siguiente, con sello de recepción de 3 de febrero de 2017, solicitó al Comandante de la FELCN del Aeropuerto Internacional de Viru Viru el informe oficial pertinente; es decir, que no se ocupó de conseguir la prueba establecida por norma durante el proceso de fiscalización y no demostró haber realizado ninguna otra diligencia, ni seguimiento de su solicitud sino hasta que el 13 de marzo de 2017 se lo notificó con el Auto ATT-DJ-A TR LP 109/2017 de apertura de término probatorio, en función a lo cual elaboró una nota de reiteración de su petición de 14 de marzo de





2017. El operador no demostró haber realizado acción o diligencia de seguimiento para que su solicitud sea atendida por la entidad involucrada, ya que de acuerdo a la fecha de los mismos, se encontraban elaborados el 15 de marzo de 2017; asimismo, la nota de atención con la que se remitieron éstos al operador data del 24 de mayo de 2017, antes de la emisión de la resolución ahora recurrida; el operador tuvo la oportunidad de presentar en instancia la prueba que adjunta.

x) En el procedimiento de instancia, el operador no presentó la prueba idónea con la que pudiera haber desvirtuado el cargo que se le imputa por haber incumplido lo previsto en el artículo segundo de la "RAR 384/10" respecto al límite establecido para el FDP, durante el periodo Febrero/Abril de 2015; sin embargo, en etapa impugnatoria, el operador presentó prueba para poder probar que los retrasos en las salidas de los vuelos cuestionados por el regulador fueron atribuibles a un caso de fuerza mayor o caso fortuito que lo exime de responsabilidad. Al respecto, el artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27113 establece que la autoridad administrativa, concluido el periodo de prueba, de oficio o a pedido de un interesado, podrá disponer la recepción de prueba de reciente obtención, en los siguientes casos: a) Si tuviera conocimiento de un hecho nuevo relevante para la decisión, b) Cuando exista prueba documental determinante para la decisión que no hubiese sido conocida anteriormente por el interesado o éste no hubiese podido obtenerla...". La prueba presentada adjunta al memorial del recurso de revocatoria contra la "RS 84/2017" no es de reciente obtención, consecuentemente, no cabe emitir pronunciamiento respecto de ella.

7. El 15 de septiembre de 2017, David Lanza Nolasco, en representación de Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, interpuso recurso jerárquico contra la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017, reiterando sus argumentos expuestos en el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Sancionatoria ATT-DJ-RA S-TR LP 84/2017 y añadiendo lo siguiente (fojas 134 a 120):

i) Uno de los argumentos de la ATT para rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por AIR EUROPA gira respecto a la prueba que dicha entidad denomina "idónea" para desvirtuar los cargos formulados en el Auto de Formulación de Cargos que originó el presente proceso administrativo; el informe de la FELCN, además, elaborado bajo los parámetros descritos en la "RA 419/2008". La ATT arguye haber exigido la presentación de dicha prueba y, al no ser aportada de la manera exigida, se ha visto "obligada" a formular cargos.

ii) La ATT ignora que es obligación suya realizar las diligencias para la averiguación de los hechos que fundamentan su decisión, al tenor del artículo 88 del D.S. 27113. Según se evidencia de la Resolución ahora impugnada, la ATT hace caso omiso de la previsión contenida en el artículo 49 de la Ley 2341, con especial énfasis en su párrafo II; que dispone: "I.- El procedimiento administrativo se impulsará de oficio en todas sus etapas y se tramitará de acuerdo con los principios establecidos en la presente Ley. II.- En cualquier momento del procedimiento, los interesados podrán formular argumentaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución". Al ignorar la pertinencia del momento de la presentación de la prueba aportada por AIR EUROPA (informe evacuado por la FELCN), ignora el primer párrafo relativo a los principios del procedimiento administrativo. Ambos párrafos guardan armonía con el Principio de Verdad Material previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341.

iii) No puede la ATT forzar en la Resolución Revocatoria objeto de este recurso, el argumento de la "oportunidad" restringiendo a AIR EUROPA el Derecho de Defensa y del Debido Proceso establecido en el artículo 115 de la Constitución Política del Estado, pretendiendo desoír el hecho de que AIR EUROPA sí presentó el informe de la FELCN respecto a los vuelos realizados en el período febrero - abril de 2015.

iv) La ATT invoca para sí, como fundamento del rechazo a la consideración de la prueba aportada por AIR EUROPA (documentación generada por la FELCN), el incumplimiento de AIR EUROPA del artículo 90 del D.S. 27113 de 23 de julio de 2003 en lo que toca a la prueba de reciente obtención. Sin embargo, la ATT omite considerar que el artículo 90 del D.S. 27113, dispone que la autoridad administrativa, concluido el periodo de prueba, de oficio o a pedido de un interesado, podrá disponer la recepción de prueba de reciente obtención en los siguientes casos: a) Si tuviere conocimiento de un hecho nuevo relevante para la decisión. b) Cuando exista prueba documental determinante para la decisión que no hubiese sido conocida anteriormente





por el interesado o que éste no hubiese podido obtenerla". AIR EUROPA, según se ha expuesto y consta inclusive de la propia Resolución impugnada, ha solicitado en dos oportunidades a la FELCN la información que hace a su actuación en los vuelos de salida de Viru Viru en los meses de febrero a abril del año 2015; escapa al control de AIR EUROPA que la FELCN no la haya proporcionado en los tiempos que se solicitó.

v) AIR EUROPA presentó la documentación remitida por la FELCN y la ATT en aplicación de los criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo, debió aceptarla.

vi) No puede pretender la ATT propender que AIR EUROPA resulte culpable, desoyendo las características propias del procedimiento administrativo, contenidas en el artículo 232 de la Constitución Política del Estado.

vii) AIR EUROPA envió una carta a la FELCN que fue recibida por esta Institución en 3/2/17 solicitando la información de su accionar en los vuelos realizados por AIR EUROPA entre febrero y abril de 2015. Ante la falta de respuesta de la FELCN, AIR EUROPA envió una nueva nota en 15/8/17, reiterando su solicitud. El hecho de que la FELCN no haya realizado la entrega física de la información solicitada, aún y cuando la tenía preparada, escapa completamente al control de AIR EUROPA. La nota por la cual la FELCN respondía ambas solicitudes de AIR EUROPA lleva fecha de 24 de mayo de 2017. Si AIR EUROPA hubiera contado con la información de la FELCN, no tendría por qué reclamarla en agosto del 2017. AIR EUROPA la presentó ante la ATT en el presente proceso administrativo, cuando la tuvo físicamente, y ese momento coincidió con la interposición del Recurso de Revocatoria. Además, es un momento procesal perfectamente válido y legal, de acuerdo al párrafo II del artículo 46 de la Ley 2341.

viii) La prueba descrita detalladamente por la ATT fue presentada exactamente en la forma en la que la FELCN la remitió a AIR EUROPA. Es la propia FELCN la que ha preparado su información y hay la obligación de presentarla de la manera en que ha sido proporcionada.

ix) La ATT hace hincapié en que al no ser el informe de la FELCN de reciente obtención, no puede emitir pronunciamiento respecto a ella. Todo lo contrario, la ATT sí debe emitir un pronunciamiento respecto a ella por cuanto en aplicación del párrafo II del artículo 46 de la Ley 2341, AIR EUROPA puede y podía presentar en cualquier momento elementos de juicio que hagan al "mejor proveer" del ente regulador. El criterio sancionador de la ATT en el caso de autos, resulta atentatorio de manera flagrante con el párrafo II) del artículo 27 del D.S. 27172.

8. A través de Auto RJ/AR-081/2017 de 25 de septiembre de 2017, el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda admitió y radicó el recurso jerárquico interpuesto por David Lanza Nolasco, en representación de Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017 de 29 de agosto de 2017 (fojas 136).

CONSIDERANDO: Que a través de Informe Jurídico MOPSV-DGAJ N° 059/2018 de 24 de enero de 2018, 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 interpuesto por David Lanza Nolasco, en representación de Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017 de 29 de agosto de 2017 y, en consecuencia, se la revoque totalmente.

CONSIDERANDO: Que analizados los antecedentes del recurso jerárquico motivo de autos y de acuerdo a lo expuesto en el Informe Jurídico MOPSV-DGAJ N° 059/2018, se tienen las siguientes conclusiones:

1. El párrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado establece que el Estado garantiza el derecho al debido proceso y a la defensa.

2. Los incisos c) y d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo establecen entre los principios generales de la actividad administrativa el de verdad material, que dispone que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil; y el de sometimiento pleno a la ley, que señala que la Administración





Pública registrará sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

3. El párrafo I del artículo 40 de la citada Ley dispone que los procedimientos se iniciarán de oficio cuando así lo decida el órgano competente. Esta decisión podrá adoptarse por propia iniciativa del órgano, como consecuencia de una orden superior, a petición razonada de otros órganos o motivada por denuncia de terceros.

4. El artículo 76 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27172, señala que el Superintendente podrá iniciar de oficio una investigación cuando considere que pueda existir infracción a las normas legales, reglamentarias o contractuales vigentes en los sectores regulados por el Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE.

5. Una vez expuestos los antecedentes y el marco normativo aplicable al caso, corresponde señalar que en relación a los argumentos expresados por el recurrente en sentido de que *uno de los argumentos de la ATT para rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por AIR EUROPA gira respecto a la prueba que dicha entidad denomina "idónea" para desvirtuar los cargos formulados en el Auto de Formulación de Cargos que originó el presente proceso administrativo; el informe de la FELCN, además, elaborado bajo los parámetros descritos en la "RA 419/2008". La ATT arguye haber exigido la presentación de dicha prueba y, al no ser aportada de la manera exigida, se ha visto "obligada" a formular cargos; corresponde señalar que es el artículo Octavo del Reglamento aprobado por la Resolución Administrativa R.A. SC-STR-DS-RA-0419/208 de 31 de diciembre de 2008, el que determina las pruebas aceptables para constituir descargo y encontrándose en vigencia al no haber sido impugnada es de aplicación obligatoria tanto para el ente regulador como para los administrados. Es necesario precisar que la exigencia del regulador va más allá del formato en el que se presenta, ya que la importancia de la documentación a ser presentada está relacionada a su contenido, resultando lógico que se exija que incluya la fecha, hora de inicio y finalización del trabajo desarrollado por esas instituciones para cada vuelo demorado o cancelado.*

En cuanto a que esa sería la única prueba aceptable para la ATT; cabe señalar que de acuerdo a la normativa vigente el operador puede presentar toda aquella prueba que considere pertinente para desvirtuar los cargos formulados; sin embargo, la misma deberá ser valorada por el ente regulador para determinar su validez; no pudiendo pretenderse que el hecho de presentarla obligue a su aceptación sin ningún análisis valorativo.

6. En cuanto a que *la ATT ignora que es obligación suya realizar las diligencias para la averiguación de los hechos que fundamentan su decisión, al tenor del artículo 88 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27113; según se evidencia de la Resolución impugnada, la ATT hace caso omiso de la previsión contenida en el artículo 49 de la Ley 2341, con especial énfasis en su párrafo II; que dispone: "I.- El procedimiento administrativo se impulsará de oficio en todas sus etapas y se tramitará de acuerdo con los principios establecidos en la presente Ley. II.- En cualquier momento del procedimiento, los interesados podrán formular argumentaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución". Al ignorar la pertinencia del momento de la presentación de la prueba aportada por AIR EUROPA (informe evacuado por la FELCN), ignora el primer párrafo relativo a los principios del procedimiento administrativo. Ambos párrafos guardan armonía con el Principio de Verdad Material previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341; es preciso señalar que el operador probablemente se refiere a lo previsto en el artículo 46 de la Ley N° 2341, debiendo establecerse que el límite para la presentación de las pruebas o descargos a ser presentados se encuentra establecido en el párrafo II del artículo 62 de la citada Ley que dispone "... A estos efectos, el escrito del recurso y los informes no tendrán carácter de documentos nuevos ni tampoco lo tendrán aquéllos que el interesado pudo adjuntar al expediente antes de dictarse la resolución recurrida."; es decir, que resulta válido el criterio del ente regulador de no considerar como pruebas de reciente obtención, documentos que se encontraban en poder del operador y que pudieron ser oportunamente presentados.*

7. Con relación a que *AIR EUROPA envió una carta a la FELCN, que fue recibida el 3 de febrero de 2017 solicitando la información de su accionar en los vuelos realizados por AIR EUROPA*





entre febrero y abril de 2015. Ante la falta de respuesta de la FELCN, AIR EUROPA envió una nueva nota en 15 de agosto de 2017, reiterando su solicitud. El hecho de que la FELCN no haya realizado la entrega física de la información solicitada, aún y cuando la tenía preparada, escapa completamente al control de AIR EUROPA. La nota por la cual la FELCN respondía ambas solicitudes de AIR EUROPA lleva fecha de 24 de mayo de 2017. Si AIR EUROPA hubiera contado con la información de la FELCN, no tendría por qué reclamarla en agosto del 2017. AIR EUROPA la presentó ante la ATT en el presente proceso administrativo, cuando la tuvo físicamente, y ese momento coincidió con la interposición del Recurso de Revocatoria. Además, es un momento procesal perfectamente válido y legal, de acuerdo al párrafo II del artículo 46 de la Ley 2341; corresponde señalar que de la revisión del expediente del caso se verifica que evidentemente el operador, mediante Nota recibida por la FELCN el 3 de febrero de 2017, solicitó a esa institución la información requerida por la ATT, especificando el formato requerido por el artículo 8 de la "Resolución 419/2008"; habiendo reiterado dicha solicitud mediante Nota recibida por la FELCN el 15 de marzo de 2017, aclarando mediante Nota presentada a la ATT el 23 de ese mes que no habían obtenido respuesta de la FELCN. Es necesario precisar que no cursa en el expediente del caso la Nota de 18 de agosto de 2017 por la que AIR EUROPA afirma haber reclamado la entrega de la documentación solicitada a la FELCN; sin embargo, al no existir documentación alguna que permita concluir sin lugar a dudas que la prueba presentada adjunta al recurso de revocatoria estaba en poder del operador con anterioridad a tal presentación, cabe atender tal argumento.

8. En cuanto a que la ATT invoca para sí, como fundamento del rechazo a la consideración de la prueba aportada por AIR EUROPA (documentación generada por la FELCN), el incumplimiento de AIR EUROPA del artículo 90 del D.S. 27113 de 23 de julio de 2003 en lo que toca a la prueba de reciente obtención. Sin embargo, la ATT omite considerar que el artículo 90 del D.S. 27113, dispone que la autoridad administrativa, concluido el período de prueba, de oficio o a pedido de un interesado, podrá disponer la recepción de prueba de reciente obtención en los siguientes casos: a) Si tuviere conocimiento de un hecho nuevo relevante para la decisión. b) Cuando exista prueba documental determinante para la decisión que no hubiese sido conocida anteriormente por el interesado o que éste no hubiese podido obtenerla". AIR EUROPA, según se ha expuesto y consta inclusive de la propia Resolución impugnada, ha solicitado en dos oportunidades a la FELCN la información que hace a su actuación en los vuelos de salida de Viru Viru en los meses de febrero a abril del año 2015; escapa al control de AIR EUROPA que la FELCN no la haya proporcionado en los tiempos que se solicitó; corresponde señalar que las conclusiones expuestas por el ente regulador en los numerales 6 y 7 del Considerando 5 de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017, no permiten constatar una motivación o fundamentación suficiente ya que la referencia a que "una vez notificado el operador con el "Auto 31/2017" el 25 de enero de 2017, recién mediante nota del día siguiente, con sello de recepción de 3 de febrero de 2017, solicitó al Comandante de la FELCN del Aeropuerto Internacional de Viru Viru el informe oficial pertinente; es decir, que no se ocupó de conseguir la prueba establecida por norma durante el proceso de fiscalización y no demostró haber realizado ninguna otra diligencia, ni seguimiento de su solicitud sino hasta que el 13 de marzo de 2017 se lo notificó con el Auto ATT-DJ-A TR LP 109/2017 de apertura de término probatorio, en función a lo cual elaboró una nota de reiteración de su petición de 14 de marzo de 2017" resulta una apreciación subjetiva; ya que al contrario de lo afirmado por la ATT tales gestiones podrían considerarse suficientes para evidenciar que el operador sí intentó obtener los descargos solicitados.

Por otra parte, la conclusión del ente regulador relativa a que la Nota Of.cite 0052/17 IEF.R EG.AP-FELCN S.C. y el "INFORME" nombrado en el inciso c) fueron emitidos el 15 de marzo de 2017, mientras que la nota STRIA. Gral. Cite No. 229/2017 fue emitida el 24 de Mayo de 2017; por lo que el operador no habría demostrado haber realizado acción o diligencia de seguimiento para que su solicitud sea atendida por la entidad involucrada, ya que de acuerdo a la fecha de los mismos, se encontraban elaborados el 15 de marzo de 2017; asimismo, la nota de atención con la que se remitieron éstos al operador data del 24 de mayo de 2017, antes de la emisión de la Resolución Sancionatoria; no se encuentra fundamentada más que en apreciaciones del ente regulador que podrían o no ser evidentes; no puede dejarse de lado que el operador al presentar recurso de revocatoria afirmó que la documentación referida le fue proporcionada por la FELCN con posterioridad a la emisión de la Resolución Sancionatoria; debe destacarse que la Nota de remisión de la citada documentación, si bien consigna la fecha 24 de mayo de 2017 no contiene ningún cargo de recepción por parte del operador, generándose la duda razonable sobre la veracidad de lo afirmado por el ente regulador, por lo que en aplicación de lo previsto por el





artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27172 respecto a que la admisión y producción de pruebas se sujetará a criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo y que en la duda sobre su admisibilidad y pertinencia, se estará a favor de su admisión y producción el ente regulador debió confirmar con la FELCN o con el propio operador si la citada Nota estaba o no en poder del operador con anterioridad a la emisión de la Resolución Sancionatoria ATT-DJ-RA S-TR LP 84/2017 de 23 de junio de 2017 y en caso de no poder determinar tal aspecto; en aplicación del principio de buena fe aceptar lo afirmado por el operador.

Al no haber adoptado tales acciones y, en su caso, no haber considerado el contenido de la prueba presentada el ente regulador limitó la búsqueda de la verdad material en relación al objeto del caso y pudo haber afectado el derecho a la defensa del operador.

9. Respecto a que AIR EUROPA presentó la documentación remitida por la FELCN y la ATT en aplicación de los criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo, debió aceptarla; tal como se mencionó anteriormente la aceptación de la prueba presentada para ser valorada por el ente regulador se encontraba sujeta a la determinación de si se trataba de prueba de reciente obtención o si no fue conocida anteriormente por el interesado o que éste no hubiese podido obtenerla y como se estableció, los criterios utilizados por la ATT para determinar tal situación no fueron debidamente fundamentados al no haberse determinado tal aspecto sin lugar a ninguna duda. Al contrario, persiste la duda sobre en qué momento el operador accedió a tales documentos y si fue responsabilidad suya o de la FELCN tal hecho, por lo que corresponde a la ATT despejar esa duda o en aplicación del principio de buena fe e in dubio pro administrado, aceptar lo afirmado por el operador.

10. En cuanto a que no puede pretender la ATT que AIR EUROPA resulte culpable, desoyendo las características propias del procedimiento administrativo, contenidas en el artículo 232 de la Constitución Política del Estado; cabe señalar que toda vez que se ha determinado la posible existencia de afectación al derecho a la defensa del operador debe rencausarse el proceso observando todas las previsiones normativas y constitucionales aplicables al caso.

11. En relación a que la prueba descrita detalladamente por la ATT fue presentada exactamente en la forma en la que la FELCN la remitió a AIR EUROPA. Es la propia FELCN la que ha preparado su información y hay la obligación de presentarla de la manera en que ha sido proporcionada; debe decirse que si bien lo afirmado por el operador resulta evidente, no puede dejarse de lado que conociendo las condiciones específicas en las que debe ser presentada el operador no agote todos los medios a su alcance para solicitar a tal institución que emita la información requerida de acuerdo a los formatos establecidos, siendo responsabilidad de la ATT valorar y considerar todos estos aspectos.

12. En cuanto a que la ATT hace hincapié en que al no ser el informe de la FELCN de reciente obtención, no puede emitir pronunciamiento respecto a ella. Todo lo contrario, la ATT sí debe emitir un pronunciamiento respecto a ella por cuanto en aplicación del párrafo II del artículo 6 de la Ley 2341, AIR EUROPA puede y podía presentar en cualquier momento elementos de juicio que hagan al "mejor proveer" del ente regulador. El criterio sancionador de la ATT en el caso de autos, resulta atentatorio de manera flagrante con el párrafo II) del artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27172; tal como quedó establecido se determinó que el ente regulador no fundamentó en forma adecuada su decisión de determinar que la prueba aportada por AIR EUROPA al interponer el recurso de revocatoria contra la Resolución Sancionatoria ATT-DJ-RA S-TR LP 84/2017 no cumplía lo establecido en el artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27172, lo cual pudo afectar el derecho a la defensa del operador y la búsqueda de la verdad material del caso, por lo que corresponde revocar tal determinación.

13. Se ha constatado que la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes no motivó en forma suficiente sus pronunciamientos y siendo que el fundamento del acto administrativo se refiere a que éste debe expresar en forma concreta las razones que inducen a emitirlo, sustentándose en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable. En el contexto anotado, el acto administrativo, como exteriorización de la voluntad de la Administración Pública que produce efectos jurídicos sobre los administrados, tiene como uno de sus elementos principales a la motivación, la cual debe ser entendida como





la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la emanación del acto y que está contenida, en la forma, en la parte considerativa de los fallos administrativos. En ese sentido, todo acto administrativo debe ser motivado, revistiendo la motivación mayor importancia en los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales o que, ante una regla general, permiten la aplicación de una excepción.

Como se tiene dicho, la motivación es un elemento esencial del acto administrativo; consiguientemente, la falta de motivación no solamente supone la existencia de un vicio de forma, sino también y esencialmente implica arbitrariedad, pues el administrado se ve privado de conocer a cabalidad los motivos por los cuales la administración adoptó una determinada decisión, produciéndose, en consecuencia, la vulneración de la garantía del debido proceso en cuanto el administrado tiene derecho a recibir una resolución motivada. Ante la falta de motivación, el acto administrativo se encuentra viciado de nulidad, en el entendido de que dicho vicio lesiona la validez del acto, ya que la invalidez se constituye en la consecuencia jurídica de la gravedad del vicio.

14. En consideración a lo expuesto, en el marco del inciso b) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 0071 y del inciso b) del párrafo II del artículo 91 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27172 corresponde aceptar el recurso jerárquico planteado por David Lanza Nolasco, en representación de Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017 de 29 de agosto de 2017, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes y, en consecuencia, revocarla totalmente.

POR TANTO:

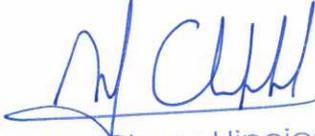
El Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

PRIMERO.- Aceptar el recurso jerárquico planteado por David Lanza Nolasco, en representación de Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., Sucursal en Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 97/2017 de 29 de agosto de 2017, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes y, en consecuencia, revocarla totalmente.

SEGUNDO.- Instruir a la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes que proceda a emitir una nueva Resolución Administrativa Regulatoria, de acuerdo a lo previsto por el párrafo I del artículo 89 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE aprobado mediante Decreto Supremo N° 27172, conforme a los criterios de adecuación a derecho expuestos en el presente fallo.

Comuníquese, regístrese y archívese.


Milton Claros Hinojosa
MINISTRO
Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda

