



RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 158
La Paz, 11 MAYO 2017

VISTOS: El recurso jerárquico planteado por Heinz Marcelo Hassenteufel Loayza, en representación de NUEVATEL (PCS DE BOLIVIA) S.A.- NUEVATEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016, de 15 de agosto de 2016, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes - ATT.

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

1. Mediante Auto ATT-DJ-A TL LP 1360/2015, de 21 de diciembre de 2015, la ATT formuló cargos a NUEVATEL S.A. por el presunto incumplimiento a la obligación establecida en la Cláusula 7 (Metas de Calidad y Expansión) de la Autorización Transitoria Especial N° 837/02 del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en todo el territorio Nacional con un valor alcanzado de 81,44%, incumpliendo en -8,56 puntos porcentuales del valor objetivo $\geq 90\%$ estipulado en la condición contractual enmarcado en el punto A numeral 3.1.3 del anexo 3 de la citada Autorización Transitoria Especial (fojas 293 a 306).

2. Con memorial de 12 de enero de 2016, NUEVATEL S.A. contestó a la formulación de cargos (fojas 279 a 281).

3. Mediante Auto ATT-DJ-A TL LP 88/2016, de 2 de febrero de 2016, la ATT dispuso la apertura de un término de prueba de quince días hábiles administrativos (fojas 277).

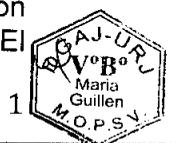
4. Con memorial de 1° de marzo de 2016, NUEVATEL S.A., presentó las pruebas de descargo (fojas 141 a 273).

5. En fecha 13 de abril de 2016, la ATT emitió la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016, a través de la cual determinó: declarar probados los cargos formulados contra NUEVATEL S.A. y sancionar a NUEVATEL S.A. con una multa de Bs142.638,28. Tal determinación fue asumida en consideración a los siguientes fundamentos:

i) Tomando en cuenta que el objeto de la meta "Corrección de Fallas en el Área Rural" es atender la totalidad de fallas reportadas en el área rural dentro de los tres (3) días calendario, el cual garantiza el derecho del usuario o abonado de contar con el servicio de manera oportuna, por lo que, el considerar plazos más allá de lo estipulado en la condición contractual, significaría afectar de manera directa a la calidad del servicio brindado y consecuentemente vulnerar el derecho de usuario de contar con un servicio de calidad.

ii) Cabe señalar que es evidente que el Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/02 para la meta "Corrección de Fallas en el Área Rural" no prevé un tiempo en el cual NUEVATEL S.A. deba realizar el reporte de los casos de fuerza mayor, como también es evidente que no contempla posibles eximentes del cumplimiento de sus obligaciones contractuales en relación a esta meta, en este sentido el cumplimiento de la meta está orientado a la reparación de fallas que el operador tiene obligación de atender, cuyo valor objetivo fija un porcentaje de cumplimiento que deberá ser mayor o igual al 90% de fallas reparadas dentro de los 3 días calendario de reportada la falla. Los casos excepcionales que justifiquen el incumplimiento del operador al plazo establecido en la meta de calidad están contemplados en el 10% que existe de diferencia entre el 90% del valor objetivo y el 100% de cumplimiento de la meta.

iii) Como se podrá advertir del contenido de la cláusula 22 del Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/02 de manera específica señala: "El





concesionario estará excusado de ejecutar sus obligaciones bajo el presente contrato, solo en la medida en que dicha ejecución este imposibilitada o impedida por una causa sobrevenida no imputable al concesionario, dentro del concepto de los artículos 380 y 382 del Código Civil. ", por tanto, del análisis de lo señalado en el artículo 380 (Imposibilidad temporal) del Código Civil, existe una imposibilidad temporal cuando el operador no responde por el retraso en el cumplimiento mientras ella perdura, en ese sentido el operador debió atender la obligación de la meta apenas se levante la imposibilidad, asimismo, tampoco se considera que la obligación podría extinguirse toda vez que el usuario del Servicio no ha perdido interés en contar con el servicio. De la misma forma; la aplicación del Artículo 382 (Imposibilidad parcial) no aplica en cuanto no existe imposibilidad parcial de la prestación del servicio, siendo que los usuarios se encontraban sin servicio en tanto no se repare la falla.

iv) En los descargos expuestos por NUEVATEL S.A. no se evidenció la presentación de un plan de trabajo y un cronograma aprobado por el Ente Regulador, como requisito establecido en el Contrato, que posibilite la reparación de las citadas fallas por causas sobrevenidas reportadas, así como no existe modificación acordada con el Ente Regulador que haya modificado lo establecido el Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/02, toda vez que NUEVATEL S.A. no presentó la documentación ante el Ente Regulador que respalde un Plan de Trabajo y cronograma aprobado, siendo que tampoco se tiene conocimiento de cuando hubiesen sido reparadas los 85 casos de fallas reportadas por NUEVATEL S.A como casos de Fuerza Mayor o Caso fortuito.

v) El Ente Regulador mantiene la metodología empleada por el consultor, no obstante a ello, se hizo necesario realizar una nueva medición para incluir en el cálculo los 85 casos reportados por NUEVATEL S.A. como casos de Fuerza Mayor o Caso fortuito, toda vez que la fundamentación y respaldo remitida por el operador en estas fallas son insuficientes para la aplicación de la Normativa Vigente y su Condición Contractual.

vi) En ese sentido, el Informe Técnico ATT-DFC-INF TEC 919/2015 en el numeral 5.12.5 realizó el desarrollo del cálculo con la inclusión de estos 85 casos en la medición de la meta "Corrección de Fallas en el Área Rural" del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, obteniendo el valor de 81,44% que comparado con el valor objetivo la meta establecida en el Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/02, el operador habría incumplido en -8,56 puntos porcentuales respecto al valor objetivo de la meta, por lo tanto, para llegar a la verdad objetiva del cálculo nuevamente medido y sin afectar cambio alguno en la metodología de la evaluación se llegó a un nuevo dictamen (no cumple).

vii) Cabe aclarar que, la medición que realiza la consultora contratada, refleja los resultados técnicos que forman parte únicamente de una instancia dentro de todo el proceso de Evaluación de Metas de Expansión y Calidad de Servicio para verificar el cumplimiento o no de los valores objetivos establecidos en su condición contractual, que efectúa la Autoridad a operadores del sector no siendo dichos resultados técnicos la decisión final del proceso de evaluación.

viii) El Ente Regulador se apartó de un dictamen del consultor en los casos en que se consideró necesario para realizar una nueva medición de la meta y sin que ello signifique conflicto con la metodología aplicada por el consultor para la medición técnica de la meta y aprobada por el regulador.

ix) En ese sentido, no se puede considerar el producto de una de las etapas del proceso como es el Informe de Verificación del Cumplimiento de las Metas de Calidad y Expansión emitido por la empresa consultora como definitivo, ya que esta etapa tiene como objetivo la medición técnica de valores verificados que sirven como insumo al proceso de Evaluación de Metas de Expansión Calidad de Servicio de Telecomunicaciones donde se involucran un análisis íntegro de cada una de las etapas.





x) A raíz de ello, la Autoridad consideró los 85 casos como no excluyentes para la evaluación de la Meta "Corrección de Fallas en el Área Rural", toda vez que el Ente Regulador complementó la evaluación sumando los 85 casos reportados fuera del plazo establecido en su Meta; por lo que al ser individual e independiente de las otras gestiones, el Ente Regulador considero el dictamen del consultor como un insumo parcial a la evaluación de la Meta para la gestión 2013.

xi) Los fundamentos iniciales desarrollados en el Auto ATT-DJ-A TL LP 1360/2015 de fecha 21 de diciembre de 2015, respecto a los 85 casos restantes reportados por NUEVATEL S.A como casos de Fuerza Mayor o Caso fortuito no se enmarca en el artículo 170 del Decreto Supremo N° 1391.

xii) Por tal motivo, de acuerdo al análisis desarrollado en el inciso z) del numeral 3.2.1. del presente Informe Técnico; se determina que los 85 Casos reportados de NUEVATEL S.A. no han sido considerados como imposibilidad sobrevenida, toda vez que los mencionados 85 casos no cumplieron con lo establecido en la Cláusula 22 del Contrato de Concesión N° 837/02. En ese sentido el Ente Regulador tomó en cuenta la totalidad de los fundamentos para la emisión de criterio final respecto de evaluación de la meta "Corrección de Fallas en el Área Rural" en la gestión 2013.

xiii) La ATT no consideró la exclusión de causas sobrevenidas expuestas porque el Operador al momento de comunicar sus reportes, los interpretó bajo la figura de "Imposibilidad Sobrevenida"; en ese entendido, éste no acompañó ni presentó a la ATT documento que acredite que haya presentado un plan de trabajo ni su cronograma para ser aprobado por la Autoridad, tal como lo establece la Cláusula 22 de su Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) que excusen la ejecución de sus obligaciones contractuales, por lo que se entiende que NUEVATEL S.A. no aplicó correctamente la mencionada Cláusula 22 del "Contrato de Concesión".

xiv) Por cada gestión, se realiza el proceso de evaluación de cumplimiento de Metas de Expansión y Calidad a los Operadores como una obligación contractual, y al ser un proceso integral, comprende, etapas parciales, entre ellas, la medición, supervisión, verificación y una evaluación, por lo que los resultados porcentuales de cumplimiento o incumplimiento varían de año en año y que los motivos del presente caso, no fueron considerados como causas sobrevenidas por no enmarcarse en la norma sectorial vigente como lo establece el Contrato de Concesión, porque no han sido debidamente justificadas por el Operador en cuanto a su plan de trabajo y cronograma para reparar o corregir las fallas.

xv) La evaluación realizada para la gestión 2012, no sienta precedentes ni mucho menos puede acreditar que sea tomada en cuenta para el proceso de evaluación de cumplimiento de las siguientes gestiones, es por tal motivo, que el Ente Regulador, bajo la justificación de individualizar la evaluación de las Metas en cada gestión, conforme a las etapas establecidas en el proceso integral, consideró los 85 eventos de fuerza mayor en la evaluación de la gestión 2013, los mismos que no cumplieron con lo estipulado en la Cláusula 22 (Imposibilidad Sobrevenida) del Contrato de Concesión.

xvi) El Informe Técnico advirtió que estas exigencias no han sido presentadas por NUEVATEL S.A., motivo por el que no aplica la Imposibilidad Sobrevenida en los 85 casos reportados y sostuvo que la información de los descargos presentados por el Operador, no han permitido desvirtuar el incumplimiento de la meta "Corrección de Fallas en el Área Rural" del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional otorgado a través del Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/02 de 13 de junio de 2002.

6. El 20 de mayo de 2016, NUEVATEL S.A. interpuso recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016, con base en los siguientes argumentos (fojas 74 a 79):





i) Se vulneró la seguridad jurídica de NUEVATEL S.A. al haber realizado una interpretación equivocada de la Cláusula vigésimo segunda del "contrato de concesión".

ii) Se vulneró la seguridad jurídica al haberse desconocido el precedente administrativo de la evaluación de la gestión 2012.

iii) El traslado de cargos y la sanción son contrarios al ordenamiento jurídico al no haberse considerado un informe de consultoría aprobado por la ATT.

iv) La sanción vulnera el debido proceso al no haber existido congruencia entre los cargos y la sanción.

7. Mediante Auto ATT-DJ-A TL LP 721/2016, de 15 de junio de 2016, la ATT abrió un término de prueba dentro del recurso de revocatoria (fojas 68).

8. El 5 de julio de 2016, NUEVATEL S.A. adjuntó pruebas dentro del recurso de revocatoria (fojas 60 a 66).

9. Mediante Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016, de 15 de agosto de 2016, la ATT rechazó el recurso de revocatoria. Tal determinación fue asumida en consideración a lo siguiente (fojas 33 a 46):

i) El Ente Regulador realizó el análisis íntegro de la cláusula 22 de Imposibilidad Sobrevenida del Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/96 en el considerando 5, numeral 5.1 del Análisis Técnico (Página 7 y 8) de la Resolución Administrativa ATT-DJ-RA TL LP 492/2016, donde se explica que habiéndose amparado el operador en la cláusula de Imposibilidad Sobrevenida establecida el contrato de concesión, esta debe ser aplicada de manera íntegra es decir NUEVATEL S.A. estará excusado de ejecutar sus obligaciones bajo el contrato precedente citado, solo en la medida en que dicha ejecución este imposibilitada e impedida por una causa no imputable al concesionario, dentro del concepto de los artículos 380 y 382 del Código Civil, por tanto del análisis de lo señalado en el artículo 380 (Imposibilidad temporal) del Código Civil, existe una imposibilidad temporal cuando el operador no responde por el retraso en el cumplimiento mientras ella perdura, en ese sentido el operador debió atender la obligación de la meta apenas se levante la imposibilidad, asimismo, tampoco se considera que la obligación podría extinguirse toda vez que el usuario del Servicio no ha perdido interés en contar con el servicio. De la misma forma, la aplicación del artículo 382 (Imposibilidad parcial) no aplica en cuanto no existe imposibilidad parcial de la prestación del servicio, siendo que los usuarios se encontraban sin servicio en tanto no se repare la falla.

ii) En los descargos expuestos por NUEVATEL S.A. no se evidenció la presentación de un plan de trabajo y un cronograma aprobado por el Ente Regulador, como requisito establecido en el Contrato, que posibilite la reparación de las citadas fallas por causas sobrevenidas reportadas, así como no existe modificación acordada con el Ente Regulador que haya modificado lo establecido el Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/02, toda vez que NUEVATEL S.A. no presentó la documentación ante el Ente Regulador que respalde un Plan de Trabajo y cronograma aprobado para la reparación de las fallas, siendo que tampoco se tiene conocimiento de cuando hubiesen sido reparadas los 85 casos de fallas reportadas por NUEVA TEL S.A como casos de Fuerza Mayor o Caso fortuito.

iii) No corresponde una aplicación parcial como lo pretende realizar NUEVATEL S.A. toda vez que no es suficiente comunicar al Ente Regulador una causa sobreviniente que impida al operador cumplir una obligación, sino corresponde cumplir todo lo que establece la cláusula a fin de aplicarla, siendo que la causa sobrevinida citada por el operador atañe a un evento que causa perjuicio a la Red Pública del operador considerando que los usuarios se encontraban sin servicio en tanto la falla no fuese reparada por NUEVATEL S.A.





iv) Respecto a los precedentes administrativos citados por NUEVATEL S.A., cabe señalar que todo proceso de Evaluación de Metas de Expansión y Calidad de Servicio es independiente y específico por gestión evaluada por lo tanto; el proceso de Evaluación de Metas de Expansión y Calidad de la gestión 2013 es independiente y único. Tal como fue manifestado en la inciso iii) del numeral 3.2 (Análisis) del Considerando 5 de la Resolución Administrativa Regulatoria AT7-DJ-RA TL LP 492/2016.

v) El Ente Regulador podrá según lo señala el Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) N° 837/02 en la Cláusula 6 numeral 6.1 requerir que auditores externos emitan opinión sobre la información de dichos reportes y procedimientos utilizados en la generación de los mismos. Así como, el numeral 6.3 de la citada cláusula indica que el Ente Regulador por sí mismo o a través de auditores independientes podrá verificar los informes presentados por el concesionario y llevar a cabo auditorías de los sistemas empleados por el concesionario para el archivo, medición, supervisión, evaluación y verificación del cumplimiento de sus obligaciones.

vi) La medición que realiza la consultora contratada, refleja los resultados técnicos que forman parte únicamente de una instancia dentro de todo el proceso de Evaluación de Metas de Expansión y Calidad de Servicio para verificar el cumplimiento o no de los valores objetivos establecidos en su condición contractual, que efectúa la Autoridad a operadores del sector no siendo dichos resultados técnicos la decisión final del proceso de evaluación. Entonces el Ente Regulador se apartó de un dictamen del consultor en los casos en que se consideró necesario para realizar una nueva medición de la meta y sin que ello signifique conflicto con la metodología aplicada por el consultor para la medición técnica de la meta y aprobada por el regulador.

vii) Por tal motivo, de acuerdo al análisis desarrollado en el inciso O del numeral 3.2.1. del Informe Técnico, se determina que los 85 Casos reportados de NUEVATEL S.A. no han sido considerados como imposibilidad sobrevenida, toda vez que los mencionados 85 casos no cumplieron con lo establecido en la Cláusula 22 del Contrato de Concesión N° 837/02. En ese sentido el Ente Regulador tomó en cuenta la totalidad de los fundamentos para la emisión de criterio final respecto de evaluación de la meta "Corrección de Fallas en el Área Rural" en la gestión 2013.

viii) Previo a cualquier proceso administrativo, está la facultad fiscalizadora de la Entidad Reguladora, la cual se rige por sus propias reglas internas, pudiendo inclusive acudir a consultores externos que puedan coadyuvar en la citada labor, sin que esto represente que la parte técnica de la Autoridad Reguladora deba emitir un criterio acorde a las conclusiones arribadas por el Consultor, pues éste es sólo un colaborador con interés pecuniario no opuesto al interés del Estado y que voluntariamente se adhiere a las condiciones pre establecidas en los términos de referencia inmersos en los procesos de contratación a requerimiento técnico de la Unidad Solicitante, cuyo contenido nunca es conducente a que el Consultor entregue un producto de resultado pre concebido o dirigido, bajo tal contexto, la afirmación del recurrente respecto a que la Autoridad Reguladora al apartarse de la recomendación del consultor estaría yendo en contra del ordenamiento jurídico y al principio de Sometimiento Pleno a la Ley, no tiene asidero legal.

ix) En el caso que nos ocupa, del cotejo de los antecedentes no encontramos situación alguna que haya podido violentar ese Estado de Derecho, puesto que como se dijo anteriormente, la normativa aplicada (Cláusulas contractuales y su Anexo respectivo), así como la metodología para la medición de la meta en cuestión, inserta en dichos documentos y de pleno conocimiento del recurrente, fue la correcta, situación que no vulnera, para nada, el principio de seguridad jurídica.

x) No hay cabida para actuaciones vinculadas a precedentes que no se encuentren previstos en la norma aplicable a cada supuesto, en otras palabras, no se trata de decidir conforme al precedente, sino de aplicar, en todo caso, la norma y, por ello, llegar a soluciones idénticas, en cuyo caso, si anteriormente se mal aplicó una norma o una

G.A.J.
Vº Bº
L.R.C.F.
M.O.P.S.V.

5
DGAJ-URU
Vº Bº
Maria
Guillen
M.O.P.S.V.



cláusula contractual para una determinada situación, la Administración no puede seguir en error bajo el concepto de precedente administrativo, razón por la que la invocación efectuada por el recurrente respecto a dicha figura, no tiene el debido fundamento legal.

xi) Respecto a que en la resolución recurrida se desarrollaron nuevos argumentos para no considerar los eventos de imposibilidad sobrevenida presentados por el recurrente, primero, su alusión fue debida y ampliamente atendida en la parte de análisis de la resolución recurrida, segundo, resulta pertinente advertir que la figura de Imposibilidad Sobrevenida instituida por el Capítulo VI, del Título II, del Libro Tercero del Código Civil Boliviano que trata de las Obligaciones, e inmersa en la cláusula 22 del Contrato de Concesión, se encuentra íntimamente ligada a la figura de fuerza mayor y caso fortuito, establecida en el Parágrafo IV del Artículo 170 del Decreto Supremo N° 1391.

10. El 9 de septiembre de 2016, NUEVATEL S.A. solicitó aclaración de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016, la cual fue rechazada mediante el Auto ATT-DJ-A TL LP 1141/2016, de 16 de septiembre de 2016 (fojas 21 a 23).

11. El 6 de octubre de 2016, NUEVATEL S.A. interpuso recurso jerárquico contra la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016, argumentando lo siguiente (fojas 1 a 8):

i) El Consultor contratado por la ATT para la verificación de metas, determinó que el parámetro se cumplió y recomendó la declaratoria de cumplimiento del mismo. A pesar del criterio técnico referido, la ATT emitió el "Auto 1360" apartándose del informe del Consultor contratado por la ATT, por lo que los actos administrativos de la ATT son contradictorios entre sí y por tanto contrarios al ordenamiento jurídico, puesto que si la ATT consideraba que el criterio del Consultor era equivocado no debía aceptar el informe de dicho Consultor, pero si lo aceptó, el no tomar en cuenta el mismo significaría que se ha recibido un informe con resultados incorrectos.

ii) En la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016 se desarrollan nuevos argumentos para no considerar los eventos de imposibilidad sobrevenida presentados por NUEVATEL S.A. y se impone una sanción de multa en contra de NUEVATEL S.A.

iii) La obligación de presentar el plan de trabajo y el cronograma sólo es aplicable cuando la causa sobrevenida ha causado perjuicio a las redes de telecomunicaciones. En el caso se observa que las causas sobrevenidas no han causado perjuicio a las redes, puesto que las referidas causales de imposibilidad no se han presentado sobre la red sino sobre otros elementos que le han impedido a NUEVATEL S.A. cumplir la obligación de reparar las fallas en el plazo de tres días. La ATT sin analizar la naturaleza de cada evento, ha concluido que en todos los casos se requería de un Plan de Trabajo cuando eso no es correcto y no aplica a todos los casos reportados, puesto que las redes no debían ser reparadas o reconstruidas, sino que no se pudo cumplir con la meta por la ocurrencia de eventos sobrevenientes que impidieron el cumplimiento del plazo establecido en el Contrato.

iv) Efectivamente no existió modificación al Contrato por lo que no existe obligación contractual adicional de atender la meta apenas se levante la imposibilidad como erróneamente se afirma en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016 y en la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE 71/2017, conclusión que no tiene correlato con alguna obligación legal, reglamentaria ni contractual y menos con la evaluación de la meta puesto que la meta mide que las reparaciones de las fallas se realicen en 3 días de reportada la misma, pero no existe meta ni plazo alguno para reparar las fallas que no se pudieron reparar en 3 días. Por lo que la evaluación de la meta debe circunscribirse a lo dispuesto en el Contrato y no a obligaciones que no se pactaron.

v) Es atentatorio contra la seguridad jurídica el desconocer una causa de excusa del





cumplimiento de obligaciones por no haber cumplido requisitos no aplicables a la problemática y pretender establecer en actos administrativos particulares nuevas obligaciones no pactadas por las partes, como es pretender establecer una sanción por haber reparado fallas desde el momento en que se levantó la situación de imposibilidad sobrevenida que retrasaron la reparación de las fallas.

vi) La ATT no considera las características propias del acceso a las áreas rurales remotas donde se encuentran los equipos que se deben reparar y que NUEVATEL S.A. ha reparado las fallas a la brevedad posible considerando las circunstancias de acceso existentes. Ni NUEVATEL ni la ATT pueden conocer con certeza el momento en el que se levanta la situación de imposibilidad sobrevenida por lo que pretender medir un plazo a partir de dicho momento, sujetaría la medición de la presente meta a un escenario de absoluta incertidumbre, vulnerando el principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* establecidos en la Constitución Política del Estado, y sin conocer cuándo efectivamente se repararon las fallas, aplica una sanción en contra de NUEVATEL S.A. presumiendo culpabilidad en la reparación de las fallas finalizada la imposibilidad temporal.

vii) Al desconocerse principios constitucionales, en adición a los principios legales vulnerados, con una interpretación equivocada de la cláusula vigésimo segunda del contrato, la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016 es contraria al texto constitucional y por mandato del artículo 35 de la Ley N° 2341 es nula.

viii) Se ha desconocido el precedente administrativo de la evaluación de metas de la gestión 2012, en las que se consideró y aceptó los casos de fuerza mayor (imposibilidad sobrevenida) similares a los casos de 2013 de las fallas que no se pudieron reparar en plazo, vulnerando el principio de seguridad jurídica y lo determinado en la Resolución Ministerial N° 330.

ix) Se considera que la oportunidad de ejercer la facultad de no aceptar un informe de un consultor externo es anterior a emitir un informe de aceptación del producto final del Consultor puesto que resulta una evidente contradicción con los actos propios el que se acepte un informe pero luego no se consideren sus recomendaciones. Por lo tanto, una conducta que contradiga los actos propios resulta ser contraria al principio de buena fe.

x) La ATT ha vulnerado el principio de congruencia puesto que el traslado de cargos estuvo basado en un incumplimiento producto de una supuesta omisión (presentación extemporánea de los reportes de caso fortuito y fuerza mayor) y la sanción se sustentó en un supuesto incumplimiento diferente (no reparación de las fallas una vez que se levantó la imposibilidad), por lo tanto, NUEVATEL S.A. no tuvo la oportunidad de presentar descargos respecto a los argumentos que sustentan la sanción.

12. Mediante Auto RJ/AR-099/2016, de 13 de octubre de 2016, este Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda radicó el recurso jerárquico interpuesto por Heinz Marcelo Hassenteufel Loayza en representación de NUEVATEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016 (fojas 1151).

13. Mediante memorial presentado el 28 de octubre de 2016, NUEVATEL S.A. justificó la pertinencia de la apertura de un término de prueba, por lo que con Auto RJ/AP-011/2016, de 3 de noviembre de 2016 se dispuso la apertura de un término de prueba de diez días hábiles administrativos (fojas 1166 a 1167).

14. En fecha 24 de noviembre de 2016 NUEVATEL S.A. presentó pruebas (fojas a 1171 a 1197).

CONSIDERANDO: que a través de Informe Jurídico MOPSV-DGAJ N° 430/2017, de 11 de mayo de 2017, 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 rechace el recurso jerárquico planteado



7



por Heinz Marcelo Hassenteufel Loayza, en representación de NUEVATEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016, de 15 de agosto de 2016, confirmándola totalmente.

CONSIDERANDO: que analizados los antecedentes del recurso jerárquico motivo de autos y lo expuesto en el Informe Jurídico MOPSV-DGAJ N° 430/2017, se tienen las siguientes conclusiones:

1. El parágrafo I de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley N° 164 General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación dispone que de forma transitoria hasta que se apruebe el reglamento de calidad para cada uno de los servicios, quedan vigentes las metas de calidad actuales. El incumplimiento de las mencionadas metas será sancionado de acuerdo a los procedimientos y multas establecidos en los respectivos contratos.

2. El artículo 35 de la Ley N° 1632 de Telecomunicaciones, vigente a momento de la suscripción de los contratos de concesión en los que se pactó el cumplimiento de las metas objeto del presente análisis, establecía que las metas de expansión y calidad serían reajustadas anualmente y verificadas cada 6 meses.

3. Conforme al literal b) del Anexo 3 de la Autorización Transitoria Especial N° 837/02 para la Operación de Redes Públicas de Telecomunicaciones y la Provisión de los Servicios de Larga Distancia Nacional e Internacional por parte de NUEVATEL S.A. suscrita el 13 de junio de 2002, la evaluación del cumplimiento de cada meta se realizará al 31 de diciembre del año indicado. Para este propósito, el Concesionario desde el inicio de la provisión del Servicio Concedido deberá contar con los procedimientos de registro, seguimiento, control y archivo de información hasta la evaluación, para cada una de las obligaciones y metas; los mimos que podrán ser requeridos por la Superintendencia, hoy ATT, en cualquier momento.

4. De acuerdo a lo estipulado en la Autorización Transitoria Especial para la Operación de Redes Públicas de Telecomunicaciones y la Provisión de los Servicios de Larga Distancia Nacional e Internacional por parte de NUEVATEL S.A. (Contrato N° 837/02) en el punto A, numeral 3.1.3 del Anexo 3, el operador NUEVATEL S.A. según condición contractual numeral debe cumplir con la meta de calidad de servicio "Corrección de Fallas en el Área Rural", en los siguientes términos: Corrección de fallas en el área rural. Porcentaje promedio mensual mínimo aceptable de fallas reparadas dentro de tres (3) días calendario de reportada la falla, con relación al total de fallas reportadas en el mes, considerando todos los días del mes (laborables y festivos). Por falla se considera aquella reclamada por el usuario o abonado, reportada por un sistema de supervisión o por el personal de mantenimiento y que produjo la interrupción del servicio o una molestia significativa. Fallas reportadas dentro de 3 días 90%.

5. El artículo 60 de la Ley N° 164 establece que los proveedores de servicios de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, deben presentar mensualmente los resultados de la medición de las metas de calidad para cada servicio, ante la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes y publicarlas en un sitio Web, éstos deberán ser verificables, comparables y de acceso público. La Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes aprobará las normas técnicas específicas para su aplicación.

6. Una vez referidos los mencionados antecedentes y la normativa aplicable, corresponde efectuar el análisis de los argumentos expuestos por Heinz Marcelo Hassenteufel Loayza, en representación de NUEVATEL S.A., en su recurso jerárquico. Así, en relación a que el Consultor contratado por la ATT para la verificación de metas, determinó que el parámetro se cumplió y recomendó la declaratoria de cumplimiento del mismo. A pesar del criterio técnico referido, la ATT emitió el "Auto 1360" apartándose del informe del Consultor contratado por la ATT, por lo que los actos administrativos de la ATT son contradictorios entre sí y por tanto contrarios al ordenamiento jurídico, puesto que si la ATT consideraba





que el criterio del Consultor era equivocado no debía aceptar el informe de dicho Consultor, pero si lo aceptó, el no tomar en cuenta el mismo significaría que se ha recibido un informe con resultados incorrectos; al respecto la ATT señaló en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016 que "el Ente Regulador mantiene la metodología empleada por el consultor, no obstante a ello, se hizo necesario realizar una nueva medición para incluir en el cálculo los 85 casos reportados por NUEVATEL S.A. como casos de Fuerza Mayor o Caso fortuito, toda vez que la fundamentación y respaldo remitida por el operador en estas fallas son insuficientes para la aplicación de la Normativa Vigente y su Condición Contractual. (...) Cabe aclarar que, la medición que realiza la consultora contratada, refleja los resultados técnicos que forman parte únicamente de una instancia dentro de todo el proceso de Evaluación de Metas de Expansión y Calidad de Servicio para verificar el cumplimiento o no de los valores objetivos establecidos en su condición contractual, que efectúa la Autoridad a operadores del sector no siendo dichos resultados técnicos la decisión final del proceso de evaluación. Entonces el Ente Regulador se apartó de un dictamen del consultor en los casos en que se consideró necesario para realizar una nueva medición de la meta y sin que ello signifique conflicto con la metodología aplicada por el consultor para la medición técnica de la meta y aprobada por el regulador".

7. En ese sentido, cabe resaltar que no existen actos administrativos contradictorios, tomando en cuenta que el Informe de Consultoría es uno de los insumos que tiene la ATT para la verificación de metas, no siendo obligatorio para la toma de sus decisiones, toda vez que es sujeto de revisión por parte de la ATT, más aún cuando no constituye un acto administrativo. En ese marco, es necesario considerar que la aceptación del Informe presentado por la Consultora es parte de las condiciones dentro del proceso de contratación de esta empresa y, por otra parte, se tiene un proceso distinto e independiente que es la evaluación de metas de los operadores. Por lo que el argumento carece de sustento.

8. En cuanto a que en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016 se desarrolla nuevos argumentos para no considerar los eventos de imposibilidad sobreviniente presentados por NUEVATEL S.A. y se impone una sanción de multa en contra de NUEVATEL S.A.; cabe señalar que de la revisión de la fundamentación en el análisis técnico en el punto 5.1. de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016, no se evidencia nuevos argumentos, toda vez que ésta se refiere al pronunciamiento sobre los descargos presentados por NUEVATEL S.A. como consecuencia de la formulación de cargos, desarrollando una fundamentación clara respecto al motivo por el que los 85 casos que NUEVATEL S.A. alega como de fuerza mayor si se consideraron en la evaluación de la meta al no haber sido reportados en los plazos normativos establecidos. Por otra parte, el análisis legal en el punto 5.2., en aplicación de las condiciones establecidas en la cláusula 22 de la Autorización Transitoria Especial, señala que, en el marco de la obligación de reportar dichos eventos en el plazo máximo de 3 días, el operador debió además incluir un plan de trabajo y cronograma para ser aprobado por la ATT para la reparación de las fallas reportadas a fin de excusar la reparación en los plazos establecidos. Por lo que no se evidencia el desarrollo de nuevos argumentos, sino por el contrario, corresponde a un análisis integral de los hechos y la normativa aplicable, a fin de realizar la evaluación del cumplimiento de las metas.

9. Respecto a que la obligación de presentar el plan de trabajo y el cronograma sólo es aplicable cuando la causa sobrevenida ha causado perjuicio a las redes de telecomunicaciones. En el caso se observa que las causas sobrevenidas no han causado perjuicio a las redes, puesto que las referidas causales de imposibilidad no se han presentado sobre la red sino sobre otros elementos que le han impedido a NUEVATEL S.A. cumplir la obligación de reparar las fallas en el plazo de tres días. La ATT sin analizar la naturaleza de cada evento, ha concluido que en todos los casos se requería de un Plan de Trabajo cuando eso no es correcto y no aplica a todos los casos reportados, puesto que las redes no debían ser reparadas o reconstruidas, sino que no se pudo cumplir con la meta por la ocurrencia de eventos sobrevinientes que impidieron el cumplimiento del plazo establecido en el Contrato; corresponde considerar por una parte la definición de la



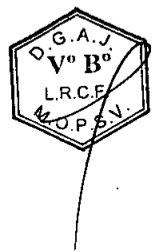


meta que establece que "por falla se considera aquella reclamada por el usuario o abonado, reportada por un sistema de supervisión o por el personal de mantenimiento y que produjo la interrupción del servicio o una molestia significativa" y por otra, la cláusula 22 de la Autorización Transitoria Especial, advirtiéndose que ambas tienen relación ya que la meta de reparación de fallas es por interrupciones del servicio o molestias graves a los usuarios que presumiblemente se encuentren en la red, y que al no poder acceder a su reparación por causas sobrevinientes de fuerza mayor o caso fortuito, que si bien son causas ajenas a la red, implica que dichas fallas en la red se mantienen en tanto persista la imposibilidad sobreviniente, de ahí la conexión realizada por la ATT entre ambas disposiciones y el requerimiento de presentación de un plan de trabajo para solucionar las fallas reportadas. Por lo que el análisis realizado por la ATT no es incorrecto.

10. En relación a que efectivamente no existió modificación al Contrato por lo que no existe obligación contractual adicional de atender la meta apenas se levante la imposibilidad como erróneamente se afirma en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016 y en la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE 71/2017, conclusión que no tiene correlato con alguna obligación legal, reglamentaria ni contractual y menos con la evaluación de la meta puesto que la meta mide que las reparaciones de las fallas se realicen en 3 días de reportada la misma, pero no existe meta ni plazo alguno para reparar las fallas que no se pudieron reparar en 3 días. Por lo que la evaluación de la meta debe circunscribirse a lo dispuesto en el Contrato y no a obligaciones que no se pactaron; corresponde observar que si bien no existe un plazo para la reparación de las fallas cuando el plazo de tres días se vea interrumpido por razones sobrevinientes, no es correcta la presunción de NUEVATEL S.A. en sentido de que esto implicaría una liberación en el cumplimiento de la obligación de la reparación de la falla reportada, más aún si la imposibilidad que le impidió acceder al lugar donde ocurrió la falla fue solucionada. Por lo que es correcto el análisis de la ATT, ya que la meta tiene como finalidad medir la eficiencia en la reparación de fallas, por lo que mide no sólo el plazo de la reparación, sino que ésta haya sido efectivamente reparada, aspecto que en el presente caso, NUEVATEL S.A. no demostró en las instancias correspondientes, ofreciendo recién en el recurso jerárquico en calidad de prueba el reporte de la fecha de reparación de las fallas, admitiendo que la ATT no conoció cuando efectivamente se repararon las mismas; por lo que siguiendo el mismo razonamiento de NUEVATEL S.A. de que la evaluación de la meta debe circunscribirse a lo dispuesto en el Contrato, el análisis de la ATT es correcto al haber considerado los 85 casos como no reparados en el plazo establecido.

11. Respecto a que es atentatorio contra la seguridad jurídica el desconocer una causa de excusa del cumplimiento de obligaciones por no haber cumplido requisitos no aplicables a la problemática y pretender establecer en actos administrativos particulares nuevas obligaciones no pactadas por las partes, como es pretender establecer una sanción por no haber reparado fallas desde el momento en que se levantó la situación de imposibilidad sobrevenida que retrasaron la reparación de las fallas; corresponde señalar que no se han establecido nuevas obligaciones, toda vez que tanto la Autorización Transitoria Especial como la normativa aplicable al caso, establece que es obligación de los operadores la reparación de fallas reportadas por los usuarios, por lo que se ha establecido una meta específica para estos casos "reparación de fallas en el área rural"; debiendo considerar que salvo que la imposibilidad sobrevenida sea permanente y no permita de manera absoluta la reparación de la falla, ésta no es causal de eximición de realizar dicha reparación. Por lo que no se evidencia la vulneración a la seguridad jurídica alegada.

12. En relación a que la ATT no considera las características propias del acceso a las áreas rurales remotas donde se encuentran los equipos que se deben reparar y que NUEVATEL S.A. ha reparado las fallas a la brevedad posible considerando las circunstancias de acceso existentes. Ni NUEVATEL ni la ATT pueden conocer con certeza el momento en el que se levanta la situación de imposibilidad sobrevenida por lo que pretender medir un plazo a partir de dicho momento, sujetaría la medición de la presente meta a un escenario de absoluta incertidumbre, vulnerando el principio de



10



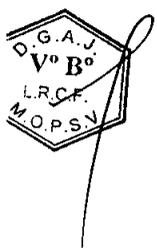
presunción de inocencia e *in dubio pro reo* establecidos en la Constitución Política del Estado, y sin conocer cuándo efectivamente se repararon las fallas, aplica una sanción en contra de NUEVATEL S.A. presumiendo culpabilidad en la reparación de las fallas finalizada la imposibilidad temporal; corresponde señalar no es evidente que la ATT haya presumido la culpabilidad de NUEVATEL S.A. en el procesamiento de la medición y evaluación del cumplimiento de las metas, ya que, como la ha establecido la jurisprudencia constitucional, no existe indefensión cuando ésta ha sido causada por negligencia del propio procesado; en ese sentido, el hecho de que la ATT no conozca que las fallas fueron reparadas a la brevedad posible, es responsabilidad de NUEVATEL S.A. al no haber presentado dichos reportes de forma oportuna para su consideración y evaluación, por lo que pretender su valoración en esta etapa resulta inoportuno.

13. Por otra parte, si NUEVATEL S.A. considera que el plazo establecido en la meta estipulada en la Autorización Transitoria Especial no es adecuado considerando las características propias del acceso a las áreas rurales remotas donde se encuentran los equipos que se deben reparar, conforme a la cláusula 22 de la Autorización Transitoria Especial, tenía la posibilidad de solicitar la modificación, aspecto no realizado por el operador, por lo que no es responsabilidad de la ATT considerar dichos aspectos en la evaluación de la meta, al no ser un parámetro establecido para ello en la Autorización Transitoria Especial. Por lo que el argumento carece de todo sustento.

14. En cuanto a que al desconocerse principios constitucionales, en adición a los principios legales vulnerados, con una interpretación equivocada de la cláusula vigésimo segunda del contrato, la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 492/2016 es contraria al texto constitucional y por mandato del artículo 35 de la Ley N° 2341 es nula; corresponde señalar que no se ha evidenciado vulneración alguna a principios constitucionales ni legales, conforme se tiene expuesto precedentemente; toda vez que por lo expuesto en las resoluciones emitidas por la ATT, es evidente que ésta ha sujetado la evaluación y medición de la meta a lo establecido en la Autorización Transitoria Especial y en el ordenamiento jurídico.

15. Respecto a que se ha desconocido el precedente administrativo de la evaluación de metas de la gestión 2012, en las que se consideró y aceptó los casos de fuerza mayor (imposibilidad sobrevenida) similares a los casos de 2013 de las fallas que no se pudieron reparar en plazo, vulnerando el principio de seguridad jurídica y lo determinado en la Resolución Ministerial N° 330; es pertinente señalar que la interpretación de NUEVATEL S.A. en cuanto a lo que corresponde considerar como precedente es equivocada, ya que los casos de fuerza mayor de una gestión anterior podrían no serlo en una posterior, y su evaluación y consideración dependerán de cada una de las circunstancias específicas y pruebas de respaldo presentadas por el operador. Por lo tanto, como lo ha establecido la ATT, cada proceso de evaluación de metas es independiente y tiene características propias, por lo que no es adecuado señalar que si en el 2012 se aceptaron los casos de fuerza mayor, éstos casos también deban ser aceptados posteriormente como precedente. En consecuencia, no existe la vulneración al principio de seguridad jurídica alegado.

16. En cuanto a que se considera que la oportunidad de ejercer la facultad de no aceptar un informe de un consultor externo es anterior a emitir un informe de aceptación del producto final del Consultor puesto que resulta una evidente contradicción con los actos propios el que se acepte un informe, pero luego no se consideren sus recomendaciones. Por lo tanto, una conducta que contradiga los actos propios resulta ser contraria al principio de buena fe; es preciso señalar que no se evidencia vulneración al principio de buena fe, ya que el Informe del Consultor no es un acto propio de la ATT y su la aceptación como producto final dentro del proceso de contratación es un proceso distinto a la evaluación y verificación del cumplimiento de las metas que realiza la ATT, no estando obligada de forma alguna a fallar conforme lo establezca el Informe del Consultor externo al ser una opinión. Por lo tanto, intentar confundir la aceptación del informe final con la evaluación de las metas es equivocado.





17. Respecto a que la ATT ha vulnerado el principio de congruencia puesto que el traslado de cargos estuvo basado en un incumplimiento producto de una supuesta omisión (presentación extemporánea de los reportes de caso fortuito y fuerza mayor) y la sanción se sustentó en un supuesto incumplimiento diferente (no reparación de las fallas una vez que se levantó la imposibilidad), por lo tanto, NUEVATEL S.A. no tuvo la oportunidad de presentar descargos respecto a los argumentos que sustentan la sanción; corresponde señalar que lo argumentado no es evidente, ya que la formulación de cargos está referida al incumplimiento de la meta por no haber alcanzado el valor objetivo de 90%, según se tiene del punto resolutivo primero del Auto ATT-DJ-A TL LP 1360/2015, teniendo como fundamento que los 85 casos reportados como de fuerza mayor, no fueron reportados de manera oportuna, por lo que fueron considerados dentro de la medición de la meta, como se tiene expuesto en el considerando 4.- Análisis del Auto de Formulación de Cargos. Por lo que no existe la incongruencia alegada.

18. Asimismo, no es evidente que NUEVATEL S.A. no tuvo oportunidad de presentar los descargos correspondientes, toda vez que notificado con la formulación de cargos, tenía 10 días para la presentación de sus descargos, además de la información que ya debió haber sido presentada para la evaluación respectiva, previa a la formulación de cargos; el 2 de febrero de 2016 se abrió un término de prueba de 15 días hábiles administrativos (fojas 277); dentro del recurso de revocatoria interpuesto también se dispuso la apertura de un término de prueba el 15 de junio de 2016 (fojas 68). Por lo que el argumento carece de todo sustento.

19. Por lo expuesto, es pertinente manifestar que en cuanto a la presentación de pruebas dentro del término de prueba abierto a solicitud de NUEVATEL S.A., se evidencia que éstas no son pruebas de reciente obtención o que el operador no pudo haberlas presentado dentro del reporte de las metas o dentro del proceso de evaluación de metas, criterios necesarios para su valoración en instancia del recurso jerárquico según el artículo 90 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113; por lo que no corresponde que sean consideradas en esta instancia, máxime si es obligación de NUEVATEL S.A. presentar toda la información, clara precisa y de forma oportuna para la evaluación de las metas correspondientes, conforme lo establece los artículos 59, numeral 4 y 60 de la Ley N° 164 y en el presente caso no presentó los reportes y pruebas sobre la reparación de fallas ante el ente regulador para su evaluación y verificación correspondiente, como lo reconoce NUEVATEL S.A.

20. Por consiguiente, en el marco del inciso b) del Artículo 16 del Decreto Supremo N° 0071, el inciso c) del párrafo II del artículo 91 y en el marco del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE aprobado mediante Decreto Supremo N° 27172, corresponde rechazar el recurso jerárquico planteado por Heinz Marcelo Hassenteufel Loayza, en representación de NUEVATEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016, de 15 de agosto de 2016, en consecuencia, confirmarla totalmente.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ÚNICO.- Rechazar el recurso jerárquico planteado por Heinz Marcelo Hassenteufel Loayza, en representación de NUEVATEL (PCS DE BOLIVIA) S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 71/2016, de 15 de agosto de 2016 y, en consecuencia, confirmarla totalmente.

Comuníquese, regístrese y archívese.



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

