RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 171

La Paz, 22 MAYO 2018

VISTOS: El recurso jerárquico planteado por Sergio Ernesto León Cuellar, en representación de la empresa Cristalux S.A. Sucursal Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 135/2017 de 11 de diciembre 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. Mediante nota de fecha 20 de junio de 2017, Sergio Ernesto León Cuellar en representación de Cristalux S.A. Sucursal Bolivia, solicitó autorización para la presentación de servicios aeronáuticos internacionales regulares y no regulares de pasajeros, carga y correo acompañando la documentación requerida (fojas 55).

2. A través de nota Cite: Z7 RPL 003/2017 de 29 de junio de 2017, Sergio Ernesto León Cuellar en representación de Cristalux S.A. Sucursal Bolivia, complementó la documentación presentada para la autorización para la prestación de servicios aeronáuticos internaciones regulares de pasajeros, carga y correo, con el estudio "Business Case" de la ruta MVD/ASU/VVI y retorno que incluyó la información económica de la operación (fojas 65).

3. Por nota ATT-DJ-N LP 1040/2017 de 31 de agosto de 2017, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, determinó que la empresa Cristalux S.A. Sucursal Bolivia no cumple con los requisitos establecidos en la Resolución Administrativa Regulatoria TR-0026/2011 de 19 de enero de 2011, razón por la cual no se autorizó la solicitud para la prestación de servicios aeronáuticos internacionales regulares y no regulares de pasajeros, carga y correo (fojas 78 a 87).

4. Mediante memorial de fecha 15 de septiembre de 2017, Sergio Ernesto León Cuellar en representación de Cristalux S.A. Sucursal Bolivia, presentó recurso de revocatoria en contra de la nota ATT-DJ-N LP 1040/2017 de 31 de agosto de 2017, de acuerdo a los siguientes argumentos (fojas 152 a 160):

i) Como consecuencia de la negligencia y falta de respuesta injustificada de la ATT a nuestras reiteradas solicitudes, el plazo de treinta días establecido en el artículo 4 de la "RAR TR 0026/2011" (sic) culminó en fecha 2 de agosto de 2017, sin que la ATT hubiese emitido respuesta alguna, por tanto la ATT prescindió total y absolutamente del procedimiento establecido, siendo causal de nulidad.

ii) Al estar firmada la nota ATT-DJ-N LP 1040/2017 por Juan Carlos Machicado Aparicio y no ser firmante Roque Roy Méndez Soleto Director Ejecutivo de la ATT, existe una falta de competencia evidente, al igual que una usurpación de funciones clara, la cual conlleva a nulidad de pleno derecho del mencionado acto.

iii) Cabe mencionar que en los requisitos dispuestos en la "RAR N° 026/2011" (sic) se solicita un poder legal y suficiente, no así un poder específico, la ATT al exigir ese requisito hace referencia a un poder general que sea suficiente en cuanto a las facultades conferidas al representante legal, quedando demostrado que se cumplió con el requisito exigido por la ATT.

DGAJ Vº Bº Carolina Cortez M.O.P.S.V.

iv) La transformación del objeto de la empresa de acuerdo al ilegal requerimiento de la ATT, implicaría en una modificación de todos los rubros comerciales comprendidos en el objeto social determinado en el acta de constitución de Cristalux S.A., la cual es competencia de una autoridad extranjera. No existe norma jurídica en Bolivia que exija que las Compañías Aéreas tengan objeto específico y único.

v) Cristalux S.A. sucursal Bolivia es una representación de Cristalux S.A. (Amaszonas Uruguay) por lo que existiendo un permiso de operación otorgado a la empresa Cristalux S.A. (Amaszonas Uruguay) para que efectué operaciones de transporte aéreo internacional regular de pasajeros, carga y correo mediante Resolución Administrativa N° 251 de 16 de junio de 2017 emitida por la

DGAJ-URJ Vº Bº María Guillen M.O.P.S.V.

Dirección General de Aeronáutica Civil de Bolivia, dicho permiso es válido para Cristalux S.A. Sucursal Bolivia por ser esta dependiente de Cristalux S.A. (Amaszonas Uruguay).

vi) No se entiende las razones por las cuales la ATT observa el "Business Case" (sic), ya que el mercado es precisamente la ruta MVD/ASU/VVI y retorno, es importante aclarar que otro operador boliviano tiene los derechos de tráfico para explotar la ruta ASU/VVI y retorno, por lo cual se trata de un competidor directo en aquel segmento de mercado y por tanto se trata de información relevante de marcado.

vii) Dentro de la industria, solo se hace proyección de participación de mercado cuando hay más de un servicio directo ofrecido en la ruta, por supuesto como no hay un servicio directo en dicha ruta, automáticamente se atribuye una participación de mercado con una posición de dominio no pasible de prohibición, como la competencia sirve ese mercado por medio de servicios indirectos, no se hace ningún tipo de cruce para identificar la distribución de la demanda y participación de mercado, aspecto por el que se cumple con el requisito.

viii) Se tiene que resaltar que ninguna reglamentación existente obliga a una sucursal a cubrir el déficit de una ruta por medio de su patrimonio, el flujo de caja es y debe ser manejado por la casa matriz, y desde ahí manejar y dirigir los fondos, de esta manera se demuestra que sí se cumplió el requisito.

ix) Es legalmente permitido que varias empresas o agentes económicos tengan como domicilio la misma ciudad y sus oficinas funcionen en la misma dirección.

x) Se indicó que Cristalux S.A. al ser una empresa integrante del grupo Amaszonas cuenta con toda la experiencia y respaldo legal, técnico y operativo de la empresa de data más antigua, asimismo como Cristalux S.A. (Amaszonas Uruguay) es una sociedad escindida de los Cipreses S.A. (BQB Líneas Aéreas) tiene también toda la experiencia de operación de más de diez años de operación dentro de la República Oriental del Uruguay y hacia el exterior.

5. A través de la Resolución Revocatoria ATT-DJ- RA RE-TR LP 135/2017 de fecha 11 de diciembre de 2017, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes resolvió aceptar el recurso de revocatoria interpuesto por Cristalux S.A. Sucursal Bolivia en contra de la nota ATT-DJ-N LP 1040/2017 de 31 de agosto de 2017, revocando parcialmente el acto impugnado, en relación al cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 7 del artículo primero en la "RAR 26/2011" (sic), manteniendo firme y subsistentes las demás determinaciones, con base en los siguientes argumentos (fojas 211 a 222):

i) Respecto al supuesto incumplimiento de parte de la ATT del plazo previsto en el artículo cuarto de la "RAR 26/2011" (sic) corresponde aclarar que tal disposición está dirigida expresamente a definir la anticipación con la cual los operadores deben presentar su solicitud de autorización a la ATT con la finalidad de que éstos no inicien operaciones antes de obtener su correspondiente autorización, en ese sentido, no se determina ningún plazo para el pronunciamiento de la Autoridad Regulatoria respecto a dicha solicitud y por tanto no ha existido incumplimiento alguno al procedimiento legalmente establecido, por tanto no concurre causal de nulidad.

ii) De acuerdo a la Resolución Administrativa Interna ATT-DJ-RAI LP 106/2017 de 24 de agosto de 2017, el Director Ejecutivo de la ATT designó al Juan Carlos Machicao Aparicio como Director Ejecutivo Suplente del 28 de agosto al 1 de septiembre de 2017, por lo que el argumento esgrimido por éste no constituye una usurpación de funciones y consecuentemente no representa una causal de nulidad.

DGAJ Vº Bº Carolina Cortez M.O.P.S.V.

iii) Considerando que la norma que establece los requisitos para otorgar autorizaciones y renovaciones referidas a los servicios aeronáuticos de transporte, exige únicamente poder suficiente y no poder especifico, se concluye que el solicitante ha cumplido con el requisito señalado en el numeral 1) del artículo primero de la "RAR 26/2011" (sic).

iv) En la matrícula de comercio otorgada por Fundaempresa a Cristalux S.A. Sucursal Bolivia se evidencia que al ser sucursal de la empresa Cristalux S.A. constituida en Uruguay, ésta ha mantenido el mismo objeto, en este sentido las competencias y facultades otorgadas por ley a la

Autoridad Regulatoria no le permiten exigir una modificación al objeto de la empresa, toda vez que se estaría restringiendo la actividad comercial de una empresa extrajera. No se advierte que en el Código de Comercio exista una prohibición o limitante respecto a la multiplicidad de objetos comerciales, siempre y cuando se encuentren debidamente determinados, por tanto se considera que el operador cumplió el requisito previsto en el numeral 2 del artículo primero de la "RAR 26/2011" (sic).

v) El reconocimiento otorgado por la DGAC a nombre de Cristalux S.A. (Amaszonas Uruguay) se efectuó con la finalidad de que éste operador, en su condición de explotador extranjero, pudiera realizar operaciones en el país a través de su sucursal ya constituida en Bolivia, denominada Cristalux S.A. sucursal Bolivia, por tanto es correcto que el permiso de operaciones de la DGAC haya sido otorgado a Cristalux S.A. (Amaszonas Uruguay) por lo que se considera que el recurrente ha cumplido el requisito previsto en el numeral 7 del artículo primero de la "RAR 26/2011" (sic).

vi) El "Business Case" presentado por el solicitante no comprendió los acuerdos y convenios internacionales existentes en el mercado y el análisis económico efectuado carece de respaldo y es insuficiente a efectos de identificar de manera completa el mercado pretendido. No se presentó ningún acuerdo de código compartido entre Amaszonas S.A. y Cristalux S.A. sucursal Bolivia que permita evidenciar la sustitución de los vuelos que eran operados por Amaszonas S.A. a favor del operador, considerando además que los acuerdos de código compartido deben ser aprobados por la ATT, por lo que el solicitante no ha cumplido con el requisito previsto en el numeral 1 del artículo segundo de la "RAR 26/2011" (sic).

vii) Es importante señalar que la "RAR 26/2011" (sic) tiene como finalidad que la ATT evalúe si el mercado en el que se pretende operar es sostenible y que la línea aérea que pretende ingresar a ese mercado, tenga la posibilidad de generar los ingresos proyectados y hacer que el negocio sea rentable en el tiempo, en virtud que el recurrente no presentó esa información al momento de efectuar su solicitud y no la remitió en instancia de revocatoria, no es posible emitir pronunciamiento sobre la rentabilidad del negocio.

viii) El capital señalado por Cristalux S.A. sucursal Bolivia no permite cubrir los costos de operación inicial que, al menos, debería garantizar las operaciones de los primeros noventa días, por tanto, no se ha cumplido el requisito para acceder a la autorización para la prestación de servicios aeronáuticos, por otro lado, en cuanto al argumento de que el flujo de caja será manejado por la casa matriz en el Uruguay, cabe mencionar que el solicitante no planteó ni demostró tal argumento al momento de presentar su solicitud, lo que puede advertirse de la lectura del "Business Case", de manera que al no contar con toda la información necesaria para respaldar tal argumento, en esta instancia de impugnación no es posible efectuar la evaluación de la posición financiera de la casa matriz del operador.

ix) Si bien no existe un impedimento legal para que dos o más empresas puedan compartir un domicilio o determinada infraestructura, la Autoridad no tiene certeza de que exista un acuerdo previo y claro sobre este tema con Amaszonas S.A. por lo tanto, el solicitante no ha cumplido con el requisito previsto en el numeral 8 del artículo segundo de la "RAR 26/2011" (sic).

x) Resulta importante aclarar que la experiencia en el mercado no puede ser de una empresa distinta a la solicitante, este aspecto debe ser acreditado únicamente por el solicitante, adjuntado la documentación de respaldo correspondiente para su verificación.

6. A través de memorial de fecha 19 de diciembre de 2017, Sergio Ernesto León Cuellar en representación de la Cristalux S.A. sucursal Bolivia solicitó complementación y aclaración de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 135/2017 de fecha 11 de diciembre de 2017, por no tener certeza de que si la solicitud de autorización fue rechazada nuevamente, aceptada en base a la Resolución Revocatoria, si es subsanable, si se va a proceder a la devolución de documentos, si se puede iniciar nuevamente la solicitud o si hay algún plazo para realizar alguna otra acción (fojas 224 a 225).

7. Mediante Auto ATT-DJ-A TR LP 705/2017 de 28 de diciembre de 2017, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes resolvió no dar a lugar la solicitud de aclaración y complementación presentada por Cristalux S.A. sucursal Bolivia, en razón

a que la Autoridad únicamente debe pronunciarse sobre los agravios que el recurrente considere emergentes del acto administrativo impugnado, ya que los alcances de las decisiones que se emiten en instancia de recurso de revocatoria se limitan a lo establecido en el artículo 89 del "reglamento" (sic) por tanto las acciones que el impetrante puede realizar son todas aquellas que considere pertinentes y que la norma regulatoria vigente le permita (fojas 226 a 227).

8. Mediante memorial presentado en fecha 19 de enero de 2018, Sergio Ernesto León Cuellar en representación de Cristalux S.A. sucursal Bolivia, interpuso recurso jerárquico en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 135/2017 de 11 de diciembre de 2017, expresando los siguientes argumentos (fojas 259 a 262):

i) En atención a que la información resultó ser insuficiente para la ATT por una falta de valoración proba, se adjunta Informe GPE 018-2017, en la cual se realiza un desglose detallado para la identificación del nicho de mercado y también se detalla la competencia existente del mismo en base a las especificaciones que observó la ATT. Asimismo, el merituado informe detalla el estudio del mercado y la participación de nuestra compañía con proyección a un año.

ii) Se reitera que la casa matriz asignó el monto de patrimonio inicial de la empresa, para el inicio de operaciones y que en base al movimiento comercial, realizará el movimiento económico necesario para la sostenibilidad de la sucursal; de acuerdo a los requisitos determinados por la normativa, se establece que es el patrimonio inicial de la empresa para sus operaciones en Bolivia, esto implica el patrimonio total, es decir casa matriz más la sucursal, tampoco se determina una cuantía máxima o mínima con la que la empresa deba aperturar su sucursal, como tampoco existe en norma la obligación de señalar un monto mínimo de capital social para la apertura de la sucursal.

iii) La ATT no tiene argumento ni fundamento alguno para poder mantener la observación en cuanto al domicilio dentro de la solicitud de autorización para la prestación de servicios aéreos regulares, no existe ninguna premisa legal que prohíba o que exija demostrar que otra empresa esté de acuerdo o no mediante algún tipo de convenio para que se establezca el domicilio procesal en una misma dirección.

iv) Cabe mencionar una vez más que Cristalux S.A. es parte integrante de un grupo denominado "Grupo Amaszonas" mismo que comparte experiencias y mejores prácticas dentro de la actuación de mercado, este aspecto es claramente relevante, pues todo el accionar operacional de Cristalux S.A. está estrechamente ligado a la experiencia y "know how" de Amaszonas que data de más de 17 años.

9. A través de Auto RJ/AR-007/2018, de 30 de enero de 2018, el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda admitió y radicó el recurso jerárquico planteado por Sergio Ernesto León Cuellar, en representación de Cristalux S.A. sucursal Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 135/2017 de 11 de diciembre de 2017 (fojas 264).

CONSIDERANDO: que a través de Informe Jurídico MOPSV-DGAJ Nº 346/2018, de 16 de mayo 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 rechace el recurso jerárquico planteado por Sergio Ernesto León Cuellar, en representación de Cristalux S.A. sucursal Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 135/2017 de 11 de diciembre de 2017, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes y, en consecuencia se la confirme totalmente.

DGAJ Vº Bº Carolina Cortez M.O.P.S.V.

CONSIDERANDO: que analizados los antecedentes del recurso jerárquico motivo de autos y lo expuesto en el Informe Jurídico MOPSV-DGAJ Nº 346/2018, se tienen las siguientes conclusiones:

1. El artículo 24 de la Constitución Política del Estado determina que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.

DGAJ-URJ Vº Bº María Guillen M.O.P.S.V.

2. Ley Nº 2341 en el artículo 4, incisos c), j) y k) establece entre otros principios los de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a

la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; principio de eficacia: todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas; y principio de economía, simplicidad y celeridad: los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias.

3. El artículo 16 de la Ley Nº 2341, en los incisos h) e i) señala que en su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos: a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen; A exigir que las actuaciones se realicen dentro de los términos y plazos del procedimiento.

4. El artículo segundo de la Resolución Administrativa Regulatoria TR-0026/2011 de fecha 19 de enero de 2011, establece que para la otorgación de nuevas autorizaciones destinadas a la prestación de servicios aeronáuticos las empresas interesadas debe presentar junto a su solicitud, entre otra información, la siguiente: identificación del mercado donde la empresa pretende operar (nicho de mercado) y la competencia en el mismo, proyección sobre la participación de la empresa en el mercado proyectado (a un año) y factores de ocupación esperados, patrimonio inicial de la empresa para sus operaciones en Bolivia, instalación de oficinas regionales si existiera e información sobre la experiencia en la prestación de este servicio.

5. Por su parte el artículo quinto de la Resolución Administrativa Regulatoria TR-0026/2011, señala que cumplidos los requisitos indicados, la autorización será otorgada sin costo alguno para la empresa solicitante.

6. Una vez referidos los mencionados antecedentes y la normativa aplicable, corresponde efectuar el análisis de los argumentos planteados por el recurrente en su recurso jerárquico. En cuanto a que: "*En atención a que la información resultó ser insuficiente para la ATT por una falta de valoración proba, se adjunta Informe GPE 018-2017, en la cual se realiza un desglose detallado para la identificación del nicho de mercado y también se detalla la competencia existente del mismo en base a las especificaciones que observó la ATT. Asimismo, el merituado informe detalla el estudio del mercado y la participación de nuestra compañía con proyección a un año*"; al respecto, es prudente tener presente que esta instancia carece de competencias para otorgar la autorización requerida, por lo que la información complementaria presentada en el informe técnico GPE 018-2017-2 debió ser presentada ante la ATT para que valore si el Informe cumple con informar de manera suficiente si se identificó correctamente el nicho de mercado y la competencia existente en el mismo.

Por ello, en relación al presente argumento, conforme se evidencia del propio proceso, la información proporcionada puede ser siempre complementada, para que una vez se cuente con todos los requisitos, se proceda a la autorización de acuerdo al artículo quinto de Resolución Administrativa Regulatoria TR-0026/2011 de fecha 19 de enero de 2011.

7. En relación a que: "*se reitera que la casa matriz asignó el monto de patrimonio inicial de la empresa, para el inicio de operaciones y que en base al movimiento comercial, realizará el movimiento económico necesario para la sostenibilidad de la sucursal; de acuerdo a los requisitos determinados por la normativa, se establece que es el patrimonio inicial de la empresa para sus operaciones en Bolivia, esto implica el patrimonio total, es decir casa matriz más la sucursal, tampoco se determina una cuantía máxima o mínima con la que la empresa deba aperturar su sucursal, como tampoco existe en norma la obligación de señalar un monto mínimo de capital social para la apertura de la sucursal*"; se establece que si el patrimonio social inicial de la empresa incluye el patrimonio de la casa matriz, esta información debió ser proporcionada de forma oportuna a la ATT, para que con ello, la Autoridad evidencie el cumplimiento del requisito y pueda garantizarse las operaciones de los primeros noventa días, conforme a propio requerimiento de la ATT.

D.G.A.J. Vº Bº Carolina Cortez M.O.P.S.V.

8. Respecto a que: "*la ATT no tiene argumento ni fundamento alguno para poder mantener la observación en cuanto al domicilio dentro de la solicitud de autorización para la prestación de servicios aéreos regulares, no existe ninguna premisa legal que prohíba o que exija demostrar que otra empresa esté de acuerdo o no mediante algún tipo de convenio para que se establezca el domicilio procesal en una misma dirección*"; se establece que es evidente lo alegado por el recurrente, en el sentido que si bien el operador acreditó su domicilio en un lugar donde otra empresa se encuentra realizando actividades, no existe impedimento legal para que Cristalux S.A.

D.G.A.J-U.R.J. Vº Bº María Guillen M.O.P.S.V.

sucursal Bolivia realice también actividades en el inmueble.

En este sentido, si la Autoridad Regulatoria tuviera dudas respecto a la veracidad de lo alegado por el recurrente, en base a sus atribuciones de fiscalización y control puede de oficio, verificar si existen instalaciones de oficinas regionales del operador en el domicilio señalado.

9. En relación a que: "*cabe mencionar una vez más que Cristalux S.A. es parte integrante de un grupo denominado "Grupo Amaszonas" mismo que comparte experiencias y mejores prácticas dentro de la actuación de mercado, este aspecto es claramente relevante, pues todo el accionar operacional de Cristalux S.A. está estrechamente ligado a la experiencia y "know how" de Amaszonas que data de más de 17 años*"; de acuerdo a la revisión del expediente, no se evidencia que Cristalux S.A. forma parte integrante del grupo denominado "Grupo Amaszonas", qué tipo de sociedad es el "Grupo Amaszonas", como está formado y menos aún bajo qué calidad Cristalux S.A. (Amaszonas Uruguay) forma parte de esa sociedad; información que debe ser presentada ante la ATT para su evaluación.

10. Conforme a lo analizado, se evidencia que de acuerdo al análisis de la ATT el recurrente no cumplió a cabalidad con lo establecido en artículo segundo de la Resolución Administrativa Regulatoria TR-0026/2011 de fecha 19 de enero de 2011. Sin perjuicio de ello, Cristalux S.A. sucursal Bolivia podrá presentar nuevamente su solicitud, una vez cumplidos todos los requisitos mencionados en la normativa previamente señalada.

11. Por consiguiente, en el marco del inciso b) del artículo 16 del Decreto Supremo Nº 0071 y el inciso c) del parágrafo II del artículo 91 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27172, corresponde rechazar el recurso jerárquico planteado por Sergio Ernesto León Cuellar, en representación de Cristalux S.A. sucursal Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 135/2017 de 11 de diciembre de 2017, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, confirmando en todas sus partes el acto administrativo impugnado.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ÚNICO.- Rechazar el recurso jerárquico planteado por Sergio Ernesto León Cuellar, en representación de Cristalux S.A. sucursal Bolivia, en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TR LP 135/2017 de 11 de diciembre de 2017, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, confirmándola en todas sus partes.

Comuníquese, regístrese y archívese.

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

DGAJ Vº Bº Carolina Cortez M.O.P.S.V.

DGAJ-URJ Vº Bº María Guillen M.O.P.S.V.