



RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 225

La Paz, 23 JUN. 2016

VISTOS: El recurso jerárquico planteado por Fabiana Cunioli Paz, en representación de NUEVATEL (PCS DE BOLIVIA) S.A.- Nuevatel S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, de 5 de octubre de 2015, 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 0858/2013, de 27 de diciembre de 2013, la ATT formuló cargos en contra de Nuevatel S.A.: i) "Por el presunto incumplimiento establecido numeral 7, de su Contrato de Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional y Teléfonos Públicos 16.02, por el presunto incumplimiento en las Metas de Expansión y Calidad de Servicio (...)" (sic) y ii) Por el presunto incumplimiento establecido en el inciso c) parágrafo II del artículo 21 del Reglamento de Sanciones y Procedimientos Especiales por Infracciones al Marco Jurídico Regulatorio, aprobado mediante Decreto Supremo N° 25950, al no haber remitido documentación respaldatoria para la verificación de las metas de calidad "Disponibilidad de Red Terrestre por Cable", "Disponibilidad de Red Terrestre Radioeléctrica" y "Disponibilidad de Red Satelital", "Tasa de Pérdida de Paquetes" y "Tiempo de Respuesta del Concesionario" del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, y "Tiempo de Respuesta del Operador" del Servicio Personal de Comunicaciones PCS.

2. Nuevatel S.A. contestó a la formulación de cargos y remitió pruebas de descargo, mediante memorial presentado en fecha 15 de enero de 2014.

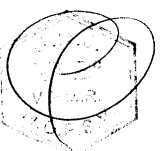
3. La ATT emitió la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0549/2014 en fecha 21 de abril de 2014, resolviendo: i) Declarar probados los cargos formulados mediante Auto ATT-DJ-A TL 0858/2013 de 27 de diciembre de 2013, en el artículo primero por el incumplimiento a lo previsto en la cláusula 7 de su Contrato de Concesión (Autorización Transitoria Especial) del "Servicio Local de Telecomunicaciones", por las metas "Corrección de Fallas en el Área Rural Extendida (AER)", "Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo" y "Corrección de Fallas en Área de Servicio Local (ASL)"; por lo tanto impuso a Nuevatel S.A. la multa de Bs5.390.194,78; ii) Declarar improbados los cargos formulados mediante Auto ATT-DJ-A TL 0858/2013 de 27 de diciembre de 2013, en el artículo segundo, al haber presentado información que demostró el cumplimiento de las metas señaladas en ese artículo, declarándose cumplidas las metas por la Gestión 2011.

4. Mediante memorial de 30 de mayo de 2014, Nuevatel S.A. interpuso recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0549/2014.

5. Habiendo dispuesto la ATT la apertura de un término de prueba de diez días hábiles administrativos mediante Auto ATT-DJ-A TL LP 382/2014, Nuevatel S.A. presentó pruebas de descargo mediante memorial presentado en fecha 25 de junio de 2014.

6. Mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1575/2014, de 25 de agosto de 2014, la ATT resolvió aceptar parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto por Nuevatel S.A. contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0549/2014, disponiendo se subsane en parte el acto administrativo impugnado, instruyendo la emisión de un nuevo acto administrativo en un plazo no mayor a 30 días, quedando firme y subsistente todo aquello que no mereció aceptación de acuerdo al criterio técnico.

7. A través de memorial de 2 de octubre de 2014, Nuevatel S.A. interpuso recurso





jerárquico parcial contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1575/2014.

8. Mediante Resolución Ministerial N° 37, de 10 de febrero de 2015, este Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda aceptó el recurso jerárquico parcial planteado por Fabiana Cunioli Paz, en representación de Nuevatel S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1575/2014, de 25 de agosto de 2014, al haberse evidenciado que adolecía de vicios de anulabilidad y de falta de fundamentación y motivación, por lo que no se realizó un mayor análisis respecto de otros argumentos expuestos por el recurrente y se anularon obrados hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la emisión de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1575/2014, inclusive.

9. La ATT emitió la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 423/2015, de 6 de abril de 2015, mediante la cual aceptó el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 0549/2014 y dispuso la nulidad de procedimiento hasta la apertura del término de prueba inclusive. Esta determinación fue asumida en consideración a lo siguiente (fojas 496 a 509):

i) No se encuentran descargos por el presunto incumplimiento de la meta Corrección de Fallas en el Área Rural del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, por tanto, se considera que los cargos formulados están debidamente fundamentados.

ii) En atención a los criterios de adecuación a derecho contenidos en la Resolución Ministerial N° 37 de 11 de febrero de 2015, habiendo el ente regulador encontrado un presunto incumplimiento del logro anual de la meta Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, de la meta Corrección de Fallas en ASL del Servicio de Teléfonos Públicos, dentro del proceso de verificación de Metas de Calidad para la gestión 2011, con el propósito de que exista el debido proceso respaldo técnico – legal y que el proceso esté sometido plenamente al cumplimiento de la norma, para que la Autoridad pueda fundamentar y motivar un pronunciamiento en base a la prueba de descargo técnica producida por el operador, se hace necesario adecuar a derecho el proceso retrotrayendo el mismo hasta la apertura del primer término de prueba.

10. En fecha 7 de abril de 2015, Nuevatel S.A. presentó las pruebas requeridas (fojas 450 a 494).

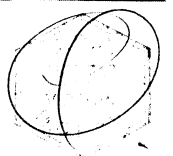
11. Mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015, de 2 de junio de 2015, la ATT resolvió: i) Declarar probados los cargos formulados mediante el artículo primero del Auto ATT-DJ-A TL 0858/2013 de 27 de diciembre de 2013, por el incumplimiento de la meta Corrección de Fallas en el Área de Servicio Local del Servicio de Teléfonos Públicos correspondiente a los Contratos de Concesión N° 925/03, N° 1321/06, N° 1549/09 y N° 1633/10, sancionando a Nuevatel S.A. con multa de Bs979.220,00; ii) Declarar probados los cargos formulados por el incumplimiento de la meta Retardo de Transferencia de Paquetes de Extremo a Extremo del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional correspondiente al Contrato de Concesión N° 837/02, sancionando a Nuevatel S.A. con multa de Bs1.063.008,00; iii) Declarar probados los cargos formulados mediante el artículo segundo del Auto ATT-DJ-A TL 0858/2013 por el incumplimiento de la meta Corrección de Fallas en el Área Rural del servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional correspondiente al Contrato de Concesión N° 837/02, sancionando a Nuevatel S.A. con la multa de Bs66.436,00; iv) Declarar improbados los cargos formulados en el resuelve segundo del Auto ATT-DJ-A TL 0858/2013 por la infracción tipificada en el inciso c) numeral II, artículo 21 del D.S. 25950, por la no presentación de documentación respaldatoria para la evaluación de las metas de calidad Disponibilidad de Red Terrestre por Cable, Disponibilidad Terrestre Radioeléctrica, Disponibilidad de Red Satelital, Tasa de Pérdida de paquetes y Tiempo de respuesta del Concesionario del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, así como la información para la evaluación de la Meta Tiempo de Respuesta del Operador del Servicio





Personal de Comunicaciones PCS, toda vez que la prueba aportada por Nuevatel S.A. consigue desvirtuar los cargos formulados, según análisis desarrollado en el informe técnico. Tal determinación fue asumida en consideración a lo siguiente (fojas 212 a 248):

- i) Del análisis de los alegatos planteados por Nuevatel S.A. se concluye que tanto el memorial de fecha 30 de mayo de 2014 y el memorial de 25 de junio de 2014, no presenta ningún tipo de argumento o alegato respecto al incumplimiento de la meta citada. Por lo que se ratifica el valor de incumplimiento para la meta Corrección de Fallas en el Área Rural en el Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la ASL a nivel nacional de 85,82% encontrándose este valor por debajo del valor objetivo en 4,81%.
- ii) De la interpretación de la norma la Tasa de Fiscalización y Regulación es calculada en base a los ingresos brutos de operación obtenidos de la prestación del Servicio Concedido y como se indicó el Servicio Concedido en los numerales 1.2 del Anexo 1 de los Contratos de Concesión N° 925/03 de 20 de febrero de 2003, N° 1214/05 de 3 de octubre de 2005, N° 1321/06 de 26 de diciembre de 2007, N° 1549/09 de 30 de enero de 2010 y N° 1633/10 de 19 de octubre de 2011, es el Servicio de Teléfonos Públicos.
- iii) Del análisis del anexo 4 del Contrato de Concesión N° 1214/05 para la provisión de Servicios al Público de Teléfonos Públicos, de 3 de octubre de 2005, referido a las multas por incumplimiento de obligaciones, se evidencia que no se encuentra establecida la definición de la Unidad Multa y aunque el numeral 4.1.1, literal A, incisos i) y ii) establece las multas por incumplimiento de la Meta de Calidad, estas son inaplicables para las ASLs comprendidas dentro del Área de Servicio comprendidas en el Anexo 2 (Área de Concesión) del Contrato de Concesión N° 1214/05. Por lo tanto no se puede aplicar sanción por incumplimiento en las distintas metas de Calidad y Expansión en las Áreas de Servicio Local de Caranavi, Copacabana, Yapacaní, Roboré, San José de Chiquitos, Potosí, Trinidad, Riberalta y Guayaramerín, así como las localidades de Mineros, Portachuelo, Buena Vista, El Torno, Samaipata (incluyendo Mairana), Okinawa 1, Okinawa 2 y Okinawa 3.
- iv) Del análisis técnico de los argumentos planteados por Nuevatel S.A. se determina realizar el reproceso de la Meta de Calidad de Servicio Corrección de Fallas en ASLs del Servicio de Teléfonos Públicos para la gestión 2011, aplicando la metodología de la gestión 2012, misma que toma en cuenta la Resolución Administrativa Regulatoria 2004/0813 y la Condición Contractual establecida para los contratos de Servicio de Teléfonos Públicos.
- v) No corresponde la aplicación de sanción a las ASLs de Guayaramerín, Riberalta, Trinidad y Caranavi por estar comprendidas en el Anexo 2 del Contrato de Concesión N° 1214/05, por tanto las ASLs incumplidas cuyo valor objetivo es de $\geq 90\%$ son: Oruro 87,90%; Puerto Suárez 75%; Yacuiba 85,37%; Villazón 87,87%; Villamontes 88,90%; Camiri 86,95%, San Ignacio de Velasco 81,79% y Comapara 85,71%.
- vi) El operador envió en el denominado "Antiguo Grupo" archivos que contienen una sola medición por día realizada a una misma hora, la misma no permite la verificación de la Meta "Retardo de Transferencia de Paquetes de Extremo a Extremo" en la hora de máximo tráfico por enlace en aplicación de lo establecido en la Resolución Administrativa Regulatoria N° 2003/0714 de 1° de septiembre de 2003, que en el artículo primero aprueba y establece los formatos de reportes de los concesionarios de los Servicios de Larga Distancia Nacional y Larga Distancia Internacional que suscribieron contratos de concesión a partir del 31 de marzo de 2001.
- vii) Para los carriers Telefónica, US Matrix e Ivy Telecom, se verificó que entre los meses de junio a diciembre dicho enlace no presentó tráfico y por lo tanto no corresponde su evaluación y se determina excluir de las rutas incumplidas la ruta Telefónica, quedando como rutas incumplidas Fonoglobal, Impsat y Telecom.





viii) Del análisis de las pruebas presentadas en calidad de descargo por la no presentación de información para evaluación de las metas, se realizó la revisión de la documentación citada en el memorial de 7 de marzo de 2014, al respecto, cabe señalar que se evidenció que Nuevatel S.A. presentó la información para la valoración de las metas de calidad Disponibilidad de Red Terrestre por Cable, Disponibilidad Terrestre Radioeléctrica, Disponibilidad Satelital, Tasa de Pérdida de Paquetes y tiempo de respuesta del Concesionario del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, así como la información para la evaluación de la Meta Tiempo de Respuesta del Operador del Servicio Personal de Comunicaciones PCS. De la misma forma adjuntó la explicación de toda la información generada por los distintos sistemas de medición del Operador para el cálculo de las metas señaladas, mismos que también son considerados como prueba de descargo válida. Por tanto, se han desvirtuado los cargos formulados en el artículo segundo del Auto ATT-DJ A-TL 0858/2013.

ix) De lo establecido en los Contratos de Concesión N° 925/03, N° 1321/06, N° 1549/09 y N° 1633/10 del Servicio de Teléfonos Públicos respecto a la definición de Unidad Multa establecida en el Anexo 4, la multa total por el incumplimiento de la meta Corrección de Fallas en el Área de Servicio Local es detallada de la siguiente manera:

| | ASL | Porcentaje de incumplimiento (valor objetivo $\geq 90\%$) | Cantidad de Unidades Multa | Multa (Bs) |
|-------------|------------------------|--|----------------------------|------------|
| 1 | Oruro | 2,1% | 2 | 35.608 |
| 2 | Puerto Suarez | 15% | 32 | 569.728 |
| 3 | Yacuiba | 4,63% | 2 | 35.608 |
| 4 | Villazón | 1,10% | 2 | 35.608 |
| 5 | Villamontes | 3,05% | 2 | 35.608 |
| 6 | Camiri | 8,21% | 2 | 35.608 |
| 7 | San Ignacio de Velasco | 8,21% | 11 | 195.844 |
| 8 | Comapara | 4,29% | 2 | 35.608 |
| Total Multa | | | | 979.220 |

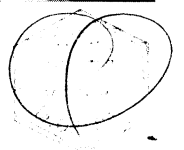
x) De lo establecido en el Anexo 4 al Contrato de Concesión N° 837/02 del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional respecto a las multas por incumplimiento de obligaciones en lo referido al cálculo de la Unidad Multa, la multa total por el incumplimiento de la meta Retardo de Transferencia de Paquetes de Extremo a Extremo es detallada de la siguiente manera:

| Ruta | Incumplimiento (valor objetivo $\leq 150\text{ms}$) | Unidad Multa (UM) | 6 UM por incumplimiento en Bs. | Cantidad de grupos de 5ms | Total en Bs. |
|--------------------|--|-------------------|--------------------------------|---------------------------|--------------|
| Fonoglobal | 174 ms diferencia: 24 ms | Bs11.073 | 66.438 | 5 | 332.190 |
| Imsat | 159,85, diferencia 9,85 ms | Bs11.073 | 66.438 | 2 | 132.876 |
| Telecom | 197,89 ms diferencia 47,89 ms | Bs11.073 | 66.438 | 9 | 597.942 |
| Total Multa en Bs. | | | | | 1.063.008 |

xi) De lo establecido en el Anexo 4 al Contrato de Concesión N° 837/02 del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional respecto a las multas por incumplimiento de obligaciones en lo referido al cálculo de la Unidad Multa, la multa total por el incumplimiento de la meta Corrección de Fallas en el Área Rural es la siguiente:

| ASL | Incumplimiento (valor objetivo de $\geq 90\%$) | Unidad Multa | Total Multa en Bs. |
|--------------------|---|--------------|--------------------|
| Nacional | 85,52% | Bs11.073 | 66.436 |
| Total Multa en Bs. | | | 66.436 |

12. Nuevatel S.A. solicitó la aclaración y rectificación de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015 a través de memorial de 16 de junio de 2015, por





lo que mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 7390/2015, de 22 de junio de 2015 la ATT aclaró y rectificó la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015 (fojas 203).

13. Mediante memorial de 3 de julio de 2015, Nuevatel S.A. solicitó la conmutación del punto tercero de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015 referido al incumplimiento de la meta Corrección de Fallas en el Área Rural del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional correspondiente al "Contrato de Concesión" N° 837/02 y mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 922/2015, de 5 de agosto de 2015, la ATT conmutó lo solicitado (fojas 185 y 173 a 176).

14. Nuevatel S.A. interpuso recurso de revocatoria parcial en contra de los puntos primero y segundo de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015, mediante memorial de 9 de julio de 2015, exponiendo los siguientes agravios (fojas 140 a 145):

i) En la sanción por la meta Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo ha desconocido las instrucciones de la autoridad jerárquica al no haber aplicado uniformemente para todas las gestiones siguientes a todos los operadores la misma metodología que instruyó el MOPSV para Boliviatel S.A. en la Resolución Ministerial N° 330 para la evaluación de la gestión 2007 y se apartó de los precedentes al no evaluar el periodo comprendido entre enero y mayo, tal como se evaluó en todas las gestiones anteriores.

ii) Respecto a la sanción por la meta Corrección de Fallas en el Área de Servicio Local, el cálculo del valor de la Unidad Multa y por tanto la multa establecida en el artículo primero del acto, está mal calculada por apartarse del precedente establecido en la evaluación de metas de la gestión 2008 y por estar incorrectamente fundamentados.

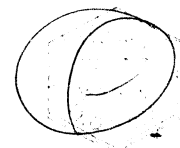
15. El 5 de octubre de 2015, la ATT emitió la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, mediante la cual rechazó el recurso de revocatoria confirmando la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015, en consideración a lo siguiente (fojas 30 a 41):

i) En las evaluaciones realizadas para las gestiones 2011 y 2012, el operador Boliviatel S.A. fue medido con la misma metodología empleada para Nuevatel S.A., es decir por rutas individuales y no así por medio de toda la red.

ii) Respecto al análisis de la información denominada "antiguo procedimiento" remitida por Nuevatel S.A. se evidenció la imposibilidad de tomar información contenida en los archivos Hmtl y Xls para la medición de la meta de acuerdo a la condición contractual, toda vez que solo contenían una medición por día por cada uno de los enlaces, los cuales son medidas todos los días a la misma hora es decir 11:00 PM. Los archivos no permitieron la verificación de la Meta Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo, toda vez que no se pudo obtener la hora de máximo tráfico como lo establece la Resolución Administrativa Regulatoria N° 2007/0714, siendo que solo contiene una medición al día que no necesariamente fue realizada en la hora de máximo tráfico, siendo que lo correcto es la presentación de un mínimo de 24 mediciones diarias que permitan la determinación de la hora de máximo tráfico.

iii) No se vulneró el principio de seguridad jurídica, toda vez que se aplicó la metodología que dispone la Resolución Administrativa Regulatoria N° 2003/0714. Por tanto, el análisis realizado en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015 es ratificado por la prueba cursante en el proceso.

iv) Quedó claramente establecido en los numerales 9 y 19 del Considerando de Conclusiones de la Resolución Ministerial N° 092 de 23 de abril de 2014 que la Administración tiene la prerrogativa de modificar sus precedentes, siempre y cuando estos estén fundamentados en derecho. En este sentido, se realizó el cálculo de la Unidad





Multa basado en la condición contractual que establece la Unidad Multa como la cientoveinteava parte de la Tasa de Regulación Anual del Servicio Concedido, por tanto no existe desconocimiento al precedente administrativo establecido en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0039/2011.

v) El hecho de que el Servicio Concedido y el Área de Concesión se encuentren intrínsecamente relacionados y son inseparables para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, no determina que las multas deban ser impuestas individualmente por cada contrato, porque si bien las Áreas de Concesión determinadas en cada contrato son diferentes, los servicios concedidos constituyen una unidad que determina que Nuevatel S.A. presente los Servicios de Teléfonos Públicos, entendidos como un todo a partir de una serie de contratos suscritos a efecto y de manera igualitaria para todas las Áreas de Servicio Local.

vi) Sobre la sanción impuesta por el incumplimiento en la meta Corrección de Fallas en el Área de Servicio Local del Servicio de Teléfonos Públicos, del análisis realizado en el numeral "8" del Considerando de conclusiones de la Resolución Ministerial N° 092 señala: "(...) de conformidad al artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, el principio de proporcionalidad en los procesos sancionatorios postula que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, a partir de lo cual se evidencia que si la sanción impuesta es de gran magnitud, ello se origina no en una supuesta desproporcionalidad sino en el incumplimiento del operador a los parámetros de prestación del servicio establecidos en los contratos por él suscritos".

vii) Si bien la Resolución Ministerial N° 37 menciona que no hubo pronunciamiento respecto a la evaluación con la empresa Boliviatel S.A., es importante aclarar que a dicha empresa como a Nuevatel se evalúa metas de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa Regulatoria N° "114/2003" de 1° de septiembre de 2003, metodología que es utilizada para todos los operadores, es decir que la evaluación se la realizó por Rutas Individuales y no así por promedio de toda la red, así como demuestra el Informe Técnico. En ningún momento el ente regulador ha vulnerado el principio de igualdad ya que justamente para evitar aquello, se dictó la Resolución Administrativa Regulatoria N° "114/2013", estableciendo parámetros para todos los operadores en la verificación de metas, por lo tanto el argumento vertido por Nuevatel S.A. no tiene ningún asidero legal.

viii) Se demuestra en el presente caso que precautelando la Seguridad Jurídica de todos los operadores antes de empezar a evaluar las metas de la gestión 2011, se dicta la Resolución Administrativa Regulatoria "114/2013" el 1° de septiembre de "2015" y se inicia el proceso sancionador el 27 de diciembre de 2013, demostrando con ello que el momento de evaluar las metas que se encuentran en discusión en este momento, es decir Retardo de Transferencia de Paquetes de Extremo a Extremo, ya existían parámetros establecidos, por lo tanto la argumentación planteada por Nuevatel S.A. no corresponde ser tomada en cuenta.

ix) Los servicios concedidos constituyen una unidad que determina que Nuevatel S.A. preste los Servicios de Teléfonos Públicos, entendidos como un todo, a partir de una serie de contratos suscritos al efecto.

x) Se debe considerar que la sanción debe estar establecida en función a la Unidad Multa por el Servicio Concedido, siendo la definición de la Unidad Multa en función a la Tasa de Regulación del Servicio Concedido y no del Servicio concedido por cada contrato de concesión. Por todo lo expuesto no corresponde atender los fundamentos del recurso planteado por Nuevatel S.A., ya que los mismos no contienen un asidero legal que permita desvirtuar los cargos impuestos.

16. El 19 de octubre de 2015, Nuevatel S.A. solicitó aclaración y complementación de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, que fue rechazada





mediante Auto ATT-DJ-A TL LP 1220/2015, de 26 de octubre de 2015 (Fojas 23 a 24 y 28).

17. En fecha 16 de noviembre de 2015, Nuevatel S.A. presentó recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, con base en los siguientes agravios (fojas 1 a 21):

i) Respecto a la sanción por la meta Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo, si bien puede ser cierto el hecho de que en la gestión 2011 se evaluó a Boliviatel S.A. y a Nuevatel S.A. de la misma forma, el agravio de Nuevatel es que la metodología utilizada para ambas empresas no es la que el MOPSV ordenó se aplique en la gestión 2010 para la meta Retardo de Transferencia de Paquetes extremo a extremo, puesto que, como la misma ATT reconoce, el regulador aplicó una metodología por rutas individuales y no por toda la red en su conjunto, desconociendo instrucciones de la autoridad jerárquica, contraviniendo el principio de favorabilidad, de sometimiento pleno a la ley, el principio de imparcialidad y el precepto contenido en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 0071, toda vez que debió aplicarse la metodología de evaluación utilizada con Boliviatel S.A. en la gestión 2007, ya que de esa forma la meta de calidad Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo no habría sido declarada como incumplida.

ii) La ATT nunca ha encontrado necesario modificar la metodología de evaluación puesto que nunca lo ha comunicado oportunamente a los operadores de Larga Distancia para evitar, como indica el MOPSV, sorprenderlos con dicho cambio a momento de efectuar la verificación.

iii) No se consideró la evaluación entre los meses de enero a mayo de 2011, por lo que las resoluciones de la ATT son contrarias a la seguridad jurídica, porque el "antiguo procedimiento" para la obtención de las medidas de enero a mayo de 2011 es idéntico al utilizado desde el inicio de la evaluación de esta meta, desde el 2007, y la ATT nunca observó el procedimiento, utilizando estas mediciones en todas las anteriores gestiones 2007, 2008, 2009 y 2010 y que fue verificada y aceptada como válida por el informe de verificación de cumplimiento de metas ATT-OFRCB-INF TEC 0432/2013.

iv) Respecto a la sanción por la meta Corrección de Fallas en ASLs (Áreas de Servicio Local), se expresa el desacuerdo con los fundamentos de la Resolución Ministerial N° 92/2014, debiendo emitirse pronunciamiento sobre el desconocimiento del precedente administrativo cursante en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0039/2011 y el desconocimiento de la relación intrínseca entre el Servicio Concedido y el área de Servicio otorgado dentro de los contratos de concesión y la penalización desproporcionada, en consideración a lo establecido en el Código Civil como reglas generales de formación e interpretación de los contratos, aplicable a los contratos administrativos.

v) Si las partes de los contratos de Concesión en su momento hubieren tenido la intención de unir los contratos en uno sólo en lugar de suscribir contratos diferentes, lo habrían hecho modificando los previamente suscritos. En lugar de ello, las partes suscribieron nuevos contratos como contratos distintos y separados los unos de los otros, al cubrir cada uno de los señalados contratos áreas distintas, alcances diferentes así como obligaciones y penalidades propias.

vi) El inciso a) del punto 3.2.2. de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015, respecto a la sanción por la meta Corrección de fallas en ASLs, la base de cálculo, el monto calculado de la Unidad Multa y el artículo primero de dicho acto deben ser recalculados por haberse utilizado de forma equivocada ingresos que corresponden a otros contratos de concesión, cuando correspondía utilizar para los contratos con sanción los ingresos individuales de cada contrato.

vii) Debe existir un nuevo análisis de la presente meta a objeto de evitar mayores injusticias en la imposición de la multa, así como vulneración al ordenamiento jurídico en





actual vigencia como a un precedente administrativo absolutamente válido.

18. Mediante Auto RJ/AR-058/2015, de 20 de noviembre de 2015, este Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda radicó el recurso jerárquico interpuesto por Fabiana Cunioli Paz en representación de Nuevatel S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2016 (fojas 1474).

19. Mediante memorial presentado el 9 de diciembre de 2015, Nuevatel S.A. justificó la pertinencia de la apertura de un término de prueba, por lo que con Auto RJ/AP-005/2015, de 14 de diciembre de 2015 se dispuso la apertura de un término de prueba de diez días hábiles administrativos (fojas 1478 y 1479).

20. En fecha 6 de enero de 2016 Nuevatel S.A. presentó pruebas (fojas a 1483 a 1542).

CONSIDERANDO: que a través de Informe Jurídico MOPSV-DGAJ N° 469/2016, de 17 de junio de 2016, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de este Ministerio, producto del análisis del recurso jerárquico que ahora se examina, recomendó la emisión de Resolución Ministerial por medio de la cual se acepte el recurso jerárquico planteado por Fabiana Cunioli Paz, en representación de Nuevatel S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, de 5 de octubre de 2015 y anular obrados hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la emisión de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015, de 2 de junio de 2015, inclusive.

CONSIDERANDO: que analizados los antecedentes del recurso jerárquico motivo de autos y lo expuesto en el Informe Jurídico MOPSV-DGAJ N° 469/2016, se tienen las siguientes conclusiones:

1. Los incisos b) y e) del artículo 28 de la Ley N° 2341 disponen que son elementos esenciales del acto administrativo la causa; el acto administrativo deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; y el fundamento; el acto administrativo deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitirlo.

2. El inciso c) del artículo 30 de la Ley N° 2341 dispone que los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos o de control.

3. El párrafo II del artículo 63 de la Ley N° 2341 señala que la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso.

4. Los incisos a), c) y d) del artículo 35 de la mencionada Ley establecen que son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio; los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado.

5. El párrafo I del artículo 8 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE aprobado mediante Decreto Supremo N° 27172 señala que las resoluciones se pronunciarán en forma escrita y fundamentada en los hechos y el derecho y decidirán de manera expresa y precisa las cuestiones planteadas y serán fundamentadas en cuanto a su objeto en los hechos, las pruebas y las razones de derecho que les dan sustento.

6. Una vez referidos los mencionados antecedentes y la normativa aplicable, corresponde efectuar el análisis de los argumentos expuestos por Fabiana Cunioli Paz, en representación de Nuevatel S.A., en su recurso jerárquico. Así, en relación a que en la sanción por la meta Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo, si bien



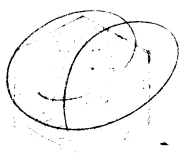


puede ser cierto el hecho de que en la gestión 2011 se evaluó a Boliviatel S.A. y a Nuevatel S.A. de la misma forma, el agravio de Nuevatel es que la metodología utilizada para ambas empresas no es la que el MOPSV ordenó se aplique en la gestión 2010 puesto que, como la misma ATT reconoce, el regulador aplicó una metodología por rutas individuales y no por toda la red en su conjunto, desconociendo instrucciones de la autoridad jerárquica, contraviniendo el principio de favorabilidad, de sometimiento pleno a la ley, el principio de imparcialidad y el precepto contenido en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 0071, toda vez que debió aplicarse la metodología de evaluación utilizada con Boliviatel S.A. en la gestión 2007, ya que de esa forma la meta de calidad Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo no habría sido declarada como incumplida; al respecto, cabe señalar que de lo señalado por la ATT es evidente que las metas de Nuevatel S.A. fueron emitidas con la misma metodología aplicada a Boliviatel S.A. en las gestiones 2011 y 2012, sin que se haya pronunciado respecto al argumento planteado en relación a las anteriores gestiones y en su caso, sobre el cambio de metodología utilizada por rutas individuales y no por toda la red en su conjunto. Al respecto, debe considerarse que si bien el ente regulador está facultado a variar y mejorar permanentemente la metodología de evaluación, siempre debe ser de manera motivada y justificada conforme lo establece el artículo 30 inciso c) de la Ley N° 2341, aspecto no evidenciado en el presente caso. Por lo tanto, el hecho de mencionar (erradamente) la resolución que especificaría la metodología, sin aplicarla al caso concreto, no puede ser considerado como fundamento suficiente.

7. En relación a que la ATT nunca ha encontrado necesario modificar la metodología de evaluación puesto que nunca lo ha comunicado oportunamente a los operadores de Larga Distancia para evitar, como indica el MOPSV, sorprenderlos con dicho cambio a momento de efectuar la verificación; cabe señalar que en los pronunciamientos de la ATT no se evidencia una motivación y justificación suficiente respecto a la adopción de una u otra metodología ya sea por rutas individuales o por toda la red en su conjunto, limitándose a establecer en la página 14 de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015 que: "Del análisis técnico de los argumentos planteados por Nuevatel S.A. y verificados los extremos citados se determina realizar el reproceso de la Meta de Calidad de Servicio "Retardo de Transferencia de Paquetes de Extremo a Extremo del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional para la gestión 2011, aplicando la metodología de la Gestión 2012 para la meta citada", que si bien señala la metodología que usó, no justifica el presunto cambio.

Asimismo, la ATT señala que "el ente regulador emitió los siguientes "actos administrativos" a fin de dar cumplimiento a la mencionada instrucción: El Informe Técnico ATT-OFR CB-INF TEC CB 187/2014 de 30 de octubre de 2014, que aclara la metodología aplicada por el ente regulador para la obtención de la meta de calidad de servicio Retardo de Transferencia de Paquetes de Extremo a Extremo en las evaluaciones del operador Boliviatel S.A. en las gestiones 2008, 2009 y 2010. El 23 de enero de 2015 se emite la Comunicación Interna ATT-OFR CB-CI CB 27/2015 que aclara el Informe Técnico ATT-OFR CB-INF TEC CB 187/2014"; al respecto es necesario señalar que los Informes Técnicos y las Comunicaciones Internas no son actos administrativos y por lo tanto no generan efecto jurídico alguno sobre los administrados. De conformidad al párrafo III del artículo 52 de la Ley N° 2341, la aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamentación a la resolución cuando se incorporen al texto de ella. Aspecto omitido por la ATT en el presente caso.

8. En relación a que no se consideró la evaluación entre los meses de enero a mayo de 2011, por lo que las resoluciones de la ATT son contrarias a la seguridad jurídica, porque el "antiguo procedimiento" para la obtención de las medidas de enero a mayo de 2011 es idéntico al utilizado desde el inicio de la evaluación de esta meta, desde el 2007, y la ATT nunca observó el procedimiento, utilizando estas mediciones en todas las anteriores gestiones 2007, 2008, 2009 y 2010 y que fue verificada y aceptada como válida por el informe de verificación de cumplimiento de metas ATT-OFR CB-INF TEC 0432/2013, correspondiente a la verificación de metas de expansión y calidad de Servicio de Nuevatel S.A. de la gestión 2011; cabe señalar que de la revisión del Informe Técnico ATT-OFR





CB-INF TEC 0432/2013 se verifica que éste también concluyó que hubo incumplimiento de las metas en las redes Fonoglobal, Telecom e Impsat, habiendo verificado valores mayores de incumplimiento a los establecidos en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015; por lo tanto no se verifica una vulneración a la seguridad jurídica.

Además cabe destacar que la ATT fundamentó la verificación de esta meta de la siguiente manera: "Respecto al análisis de la información denominada "antiguo procedimiento" remitida por Nuevatel S.A. se evidenció la imposibilidad de tomar información contenida en los archivos Hmtl y Xls para la medición de la meta de acuerdo a la condición contractual, toda vez que solo contenían una medición por día por cada uno de los enlaces, las cuales son medidas todos los días a la misma hora es decir 11:00 PM. Los archivos no permitieron la verificación de la Meta Retardo de Transferencia de Paquetes Extremo a Extremo, toda vez que no se pudo obtener la hora de máximo tráfico como lo establece la Resolución Administrativa Regulatoria N° 2007/0714, siendo que solo contiene una medición al día que no necesariamente fue realizada en la hora de máximo tráfico, siendo que lo correcto es la presentación de un mínimo de 24 mediciones diarias que permitan la determinación de la hora de máximo tráfico". Por lo que se advierte una fundamentación suficiente al respecto.

9. Respecto a que en la sanción por la meta Corrección de Fallas en ASLs (Áreas de Servicio Local), se expresa el desacuerdo con los fundamentos de la Resolución Ministerial N° 92/2014, debiendo emitirse pronunciamiento sobre el desconocimiento del precedente administrativo cursante en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0039/2011 y el desconocimiento de la relación entre el Servicio Concedido y el área de Servicio otorgado dentro de los contratos de concesión y la penalización desproporcionada, en consideración a lo establecido en el Código Civil como reglas generales de formación e interpretación de los contratos, aplicable a los contratos administrativos; cabe señalar que de acuerdo al artículo 32 de la Ley N° 2341, los actos de la Administración Pública se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación, por lo que en el presente caso, no existiendo elementos ni argumentos suficientes que ameriten revisar y variar la determinación asumida en la Resolución Ministerial N° 92 de 2014, siendo el análisis expuesto conforme a derecho y adecuado a la normativa vigente, no corresponde entrar en un mayor análisis al respecto, toda vez que dicha Resolución Ministerial está firme en sede administrativa.

10. Por otra parte, cabe señalar que las disposiciones del Código Civil sobre los contratos suscritos entre particulares, no son aplicables a los contratos administrativos, y tampoco se aplica a la otorgación de títulos habilitantes, en este caso las Autorizaciones Transitorias Especiales – antes Contratos de Concesión - toda vez que éstos cuentan con sus propias normas y principios y no se contempla la supletoriedad del Código Civil en estos aspectos, por lo que el argumento planteado carece de fundamento.

11. Respecto a que si las partes de los Contratos de Concesión en su momento hubieren tenido la intención de unir los contratos en uno sólo en lugar de suscribir contratos diferentes, lo habrían hecho modificando los previamente suscritos. En lugar de ello, las partes suscribieron nuevos contratos como contratos distintos y separados los unos de los otros, al cubrir cada uno de los señalados contratos áreas distintas, alcances diferentes así como obligaciones y penalidades propias; cabe expresar que las Autorizaciones Transitorias Especiales si bien son acuerdos entre el Estado y un operador que acepta prestar un servicio público, al tener como base normas y alcances pre establecidos para la prestación de servicios públicos, su naturaleza es de contratos de adhesión sujetos a las prerrogativas y régimen exorbitante del Estado. Por lo tanto, la determinación de diferentes áreas de servicio no determina que deba individualizarse la prestación del Servicio Concedido por contratos, ni que las multas deban ser impuestas individualmente por cada contrato, ni siquiera ante la consideración de que las áreas de concesión otorgadas en cada contrato son diferentes porque, a pesar de ello, los servicios concedidos constituyen una unidad que determina que Nuevatel S.A. preste los servicios de teléfonos públicos, entendidos como un todo, a partir de una serie de contratos



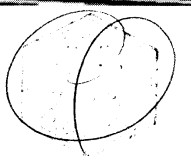


suscritos al efecto.

12. En relación a que el inciso a) del punto 3.2.2. de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015 debe ser recalculado; al respecto cabe señalar que la determinación de la Unidad Multa ya fue resuelta mediante la Resolución Ministerial N° 92, de 24 de abril de 2014, al haber establecido con sujeción estricta a las normas que regulan el sector de telecomunicaciones que “no es evidente el error al que alude el interesado, porque de la revisión de los contratos del operador para la provisión de servicios de teléfonos públicos se advierte que éstos determinan, en el inciso a) del acápite referido a las Multas por Incumplimiento de Obligaciones contenido en el anexo 4, que la Unidad Multa (UM) se define como la cientoveinteava parte de la Tasa de Regulación Anual del Servicio Concedido, de lo cual se concluye que la UM debe ser establecida considerando la totalidad de los contratos que integran el Servicio Concedido”; determinación que además de estar estipulada en las Autorizaciones Transitorias Especiales, se encuentra definida en el Reglamento de Sanciones y Procedimientos Especiales por Infracciones al Marco Jurídico Regulatorio del Sector de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 25950, que en sus artículos 1 y 6 determina que el régimen sancionatorio es aplicable a los Contratos de Concesión, ahora Autorizaciones Transitorias Especiales, y que la sanción de multa consiste en la imposición del pago de una cantidad de dinero que será determinada en días multa, quedando así claramente fijada la Unidad Multa como día multa, cuya determinación está establecida en el artículo 37 del Reglamento, coincidente con el artículo 97 de la Ley N° 164 y con lo definido en las Autorizaciones Transitorias Especiales, por lo que no corresponde reiterar el análisis ni recalculación la unidad multa efectuada.

13. Sin embargo, del análisis de los argumentos expuestos por Nuevatel S.A., revisando el cálculo y determinación de las multas impuestas, se evidencia que no se habría seguido el procedimiento establecido en el Anexo 4 de las Autorizaciones Transitorias Especiales, el ordenamiento jurídico y los precedentes administrativos para la determinación de las multas ante la evidencia del incumplimiento de las metas evaluadas en cuanto a la base de cálculo, las fórmulas y parámetros establecidos en las Autorizaciones Transitorias Especiales y no se motivó adecuadamente las multas impuestas, lo que supone haber prescindido del procedimiento establecido, afectando la validez de la resolución, por lo que en mérito a lo dispuesto en el artículo 35 inciso c) de la Ley N° 2341, tanto la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, como la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015 se encontrarían viciadas, debiendo la ATT proceder a motivar y fundamentar la imposición de las multas en las metas en las que se encontró incumplimiento y determinar las multas conforme lo dispone el ordenamiento jurídico.

14. Respecto a que debe existir un nuevo análisis de la meta Corrección de Fallas en ASLs a objeto de evitar mayores injusticias en la imposición de la multa, así como vulneración al ordenamiento jurídico en actual vigencia y a un precedente administrativo absolutamente válido; debe considerarse que si bien se ha determinado en el punto anterior que es necesario establecer las multas conforme al ordenamiento jurídico vigente, en relación al precedente mencionado es pertinente reiterar, como se estableció en la Resolución Ministerial N° 92 de 24 de abril de 2014, que el precedente administrativo cursante en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0039/2011 no es aplicable, porque efectivamente la Administración tiene la prerrogativa de modificar sus precedentes siempre y cuando actúe de conformidad a lo establecido por el inciso c) del artículo 30 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece que los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, evidenciándose que ya en la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL 0221/2013 se expuso la motivación que justifica el apartamiento de la línea anteriormente adoptada por el regulador en lo relativo a la sanción por el incumplimiento a la meta de calidad Corrección de Fallas en ASLs del Servicio de Teléfonos Públicos, por lo que el precedente fue modulado y modificado, no siendo adecuado considerar el precedente anterior señalado.





Por lo tanto, la ATT deberá emitir una resolución que se adecue al ordenamiento jurídico y precedentes actuales.

15. Por consiguiente, en el marco del inciso b) del Artículo 16 del Decreto Supremo N° 0071, el inciso b) 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 aceptar el recurso jerárquico planteado por Fabiana Cunioli Paz, en representación de Nuevatel S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, de 5 de octubre de 2015; anular obrados hasta el vicio más antiguo, es decir hasta la emisión de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015, de 2 de junio de 2015, inclusive; e instruir la emisión de una nueva resolución que determine las multas por incumplimiento en las metas evaluadas conforme al ordenamiento jurídico.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Aceptar el recurso jerárquico parcial planteado por Fabiana Cunioli Paz, en representación de NUEVATEL (PCS DE BOLIVIA) S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 1136/2015, de 5 de octubre de 2015 y anular obrados hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la emisión de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 650/2015, de 2 de junio de 2015, inclusive.

SEGUNDO.- Instruir a la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes la emisión de una nueva resolución en la que se consideren los criterios de adecuación a derecho contenidos en la presente resolución y determine las multas por incumplimiento en las metas evaluadas conforme al ordenamiento jurídico.

Comuníquese, regístrese y archívese.

SILVIO GARCÍA RODRÍGUEZ
MINISTRO
de Obras Públicas, Servicios y Vivienda