



RESOLUCIÓN MINISTERIAL N°

470

La Paz, 18 NOV. 2016

VISTOS: el recurso jerárquico planteado por Giovanni Gismondi Paredes, en representación de la Empresa Telefónica Celular de Bolivia Sociedad Anónima - TELECEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016 de 13 de junio de 2016, 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 Auto ATT-DJ-A TL LP 1377/2015 de 23 de diciembre de 2015, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes formuló cargos en contra de TELECEL S.A. por el presunto incumplimiento a la obligación establecida en la Clausula 7 (Metas de Calidad y Expansión) del Contrato de Concesión, Autorización Transitoria Especial, N° 838/2001 del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, (Todo el territorio nacional), en la meta "Congestión en Rutas Intercentrales", en las rutas AXSSC (1,58 puntos porcentuales) y COMTELD, 9,25 puntos porcentuales; incumpliendo el valor objetivo establecido en el inciso d), numeral 3.1.3., Anexo 3 del citado Contrato (fojas 101 a 107).

2. A través de memorial de 13 de enero de 2016, Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., contestó a la formulación de cargos efectuada y presentó descargos (fojas 97 a 99).

3. Mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 459/2016 dictada el 8 de abril de 2016, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes declaró probados los cargos formulados en contra de TELECEL S.A. por incumplir la obligación establecida en la Clausula 7 (Metas de Calidad y Expansión) del Contrato de Concesión, Autorización Transitoria Especial, N° 838/2001 del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, (Todo el territorio nacional), en la meta "Congestión en Rutas Intercentrales", en las rutas AXSSC (1,58 puntos porcentuales) y COMTELD, 9,25 puntos porcentuales; incumpliendo el valor objetivo establecido en el inciso d), numeral 3.1.3., Anexo 3 del Citado Contrato y le impuso la sanción de Bs60.487.- (fojas 58 a 68).

4. El 29 de abril de 2016, Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., interpuso recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 459/2016, expresando lo siguiente (fojas 47 a 54 vuelta):

i) La autoridad desconoce que es el propio contrato el que define los días excluidos de la medición y la verificación de la meta "Congestión de Rutas Intercentrales" del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional.

ii) En el caso no se ha verificado, analizado o explicado, día por día y fecha por fecha, las rutas observadas con congestión y si corresponden o no a días de "alto tráfico".

iii) En virtud al Anexo 3 del Contrato de Concesión la meta de calidad "Congestión de Rutas Intercentrales", no debe ser evaluada los 365 días del año, quedando excluidos de la evaluación todos y cada uno de los días excepcionales de "alto tráfico", evaluación que no realizó la ATT.

iv) Se debe admitir que es correcta, la existencia en la redacción del referido Contrato, de la conjunción comparativa "como", que lejos de ser una apreciación "semántica" tiene el fin de establecer los días de "alto tráfico", excluidos de la evaluación de la meta en cuestión, y que los mismos sean comparados con el día de la madre, navidad, y año nuevo, sin excluirse a otros días del año que también tengan la cualidad o naturaleza específica de "alto tráfico".

v) La ATT no explica el porqué el fin de semana de carnaval, San Valentín, el 6 de agosto, y otros días, que son días de alto tráfico, no pueden excluirse de la medición y evaluación.

vi) En el ejercicio de la Verdad Material correspondía a la ATT dar una explicación y realizar una evaluación con relación a los días que según su propia naturaleza, sean considerados como de





alto tráfico, por ello, el acto recurrido está viciado de nulidad, conforme al inciso b) del párrafo 1 del artículo 35 de la Ley N° 2341, por presentarse ilicitud en el objeto del acto, al inadvertir el principio de verdad material.

vii) Se citan el inciso d) del artículo 4, el inciso h) del artículo 16, los incisos b) y e) del artículo 28 y los incisos a) y d) del artículo 30 de la Ley N° 2341, entre los fundamentos de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 459/2016, sin buscar la verdad material de los hechos, prescindiendo los motivos por los cuales la ATT considera que los días observados en la verificación de metas no corresponden a días de alto tráfico.

viii) "Sobre dicha exposición de defensa de TELECEL S.A., la resolución recurrida no dice nada prescindiendo dar explicaciones sobre los motivos por los cuales la Autoridad del Juego" (sic) se encontraría desestimando las expresiones de defensa, lo que violenta las garantías del debido proceso y derecho a la defensa.

ix) Las Sentencias Constitucionales SC 1365/2005-R de 31 de octubre y SC 2227/2010-R establecieron la obligación de la administración de motivar sus actos y sobre la adecuada valoración de las pruebas.

x) La ATT no fundamentó los hechos o circunstancias que expliquen el "sancionamiento" contra el operador, no obstante de haberse invocado de forma reiterada que los días observados de congestión conllevaban días de alto tráfico y que por lo mismo debían ser objeto de exclusión en la verificación de la meta.

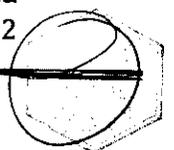
xi) En la verificación del cumplimiento de metas para la gestión 2013, en la ruta AXSSC se toman en cuenta el Día del Mar, el Día del Trabajo, el Día del Padre y se advierte que tales fechas son días de alto tráfico que no deben ser considerados en la verificación de esa meta. Excluyendo las fechas pretendidas, los días de congestión mayor al 1% en la ruta AXSSC disminuyen prácticamente en su totalidad, por lo que se remiten a los archivos fuente del cumplimiento de esa meta.

xii) La ATT no cumplió con las reglas contractuales aplicables, ni ha proporcionado explicación sobre los motivos por los que no corresponde su exclusión, lo cual "conlleva vicio en la evaluación de la meta", así como desconocimiento de las estipulaciones contractuales aplicables.

xiii) En la verificación del cumplimiento de metas para la gestión 2013, en la ruta COMTELD se toman en cuenta el Día de Año Nuevo, Fin de Semana de Carnaval, Día de San Valentín, Viernes Santo, el Día del Trabajo, el Día de la Madre, el Día de la Festividad de San Juan, Feriado de 06 de agosto, Aniversario de Cochabamba, Noche Buena y en general se advierte que las fechas observadas son días excepcionales de alto tráfico que no deben ser considerados en la verificación de la meta, como establece la condición contractual. La ATT no cumplió las reglas contractuales aplicables, ni explicó los motivos por lo que no corresponde su exclusión, lo cual "conlleva error de apreciación en la evaluación de la meta", así como desconocimiento de las estipulaciones contractuales que son de aplicación. Excluyendo las fechas pretendidas los días de congestión mayor al 1% en la ruta COMTELD disminuyen prácticamente en su totalidad, por lo que se remiten a los archivos fuente del cumplimiento de esa meta.

xiv) La Resolución Ministerial N° 20 de 25 de enero de 2016, pronunciada por el Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, bajo ninguna circunstancia podría considerarse como un precedente administrativo vinculante o como fuente del derecho administrativo de telecomunicaciones, con fuerza jurídica vinculante o exigible que respalde la justificación del "sancionamiento" impuesto por supuesto y no consentido incumplimiento en la meta "Congestión en Rutas Intercentrales" gestión 2013, además que no corresponde su mención por tratarse de un pronunciamiento total y absolutamente ajeno al proceso de verificación de cumplimiento de metas correspondiente a la gestión 2013, no siendo por lo mismo de referencia ni aplicación. Correspondiendo la nulidad de la Resolución Administrativa Regulatoria 459/2016, por la remisión al supuesto precedente mencionado, al pretender motivar su decisión en una resolución ajena al caso, en aplicación del inciso b) del párrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341.

xv) Causa extrañeza que se desestimaran las cartas presentadas como descargo, sobre la solicitud de ampliación de la interconexión, que prueban las eximentes de responsabilidad. La





ATT no indica la regulación jurídica que establezca las condiciones previas que deban cumplirse por los operadores del sector de telecomunicaciones, para que los eximentes de responsabilidad sean válidamente admitidos, con lo cual, el acto recurrido, carece de sustento y razonabilidad. El seguimiento o no del procedimiento de conflicto en la interconexión se constituye en una opción alternativa y no una obligación, por lo que su falta de activación no invalida la invocación de la exclusión de responsabilidad.

xvi) Las solicitudes dirigidas a los operadores AXS y COMTECO, advirtiendo/anticipando sobre la "existencia de cierto grado de congestión" (sic) de las rutas habilitadas con los referidos operadores, eran para que los mismos adopten los recaudos correspondientes para evitar esa congestión. Es decir que la congestión aun habiendo sido prevista, no pudo ser evitada por el operador, "esto porque habrían podido suceder cambios de volúmenes de tráfico fuera de nuestro alcance, ya que los incrementos vinieron de parte de los operadores interconectados por tratarse de tráfico entrante".

xvii) La ampliación o no de tales rutas con los citados operadores, no depende sino de la única y autónoma buena voluntad de los mismos, quedando su empresa excluida de responsabilidad frente a la implantación de las medidas de ampliación de la capacidad de las rutas observadas. No se consideró que los operadores interconectados no dieron respuesta a las notas de solicitud de ampliación, situación que de por sí se constituye en eximente de responsabilidad. Esto representa un vicio de nulidad de la Resolución impugnada conforme al inciso b) del parágrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341 al "inadvertir" el Principio de Verdad Material.

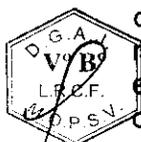
5. El 13 de junio de 2016, la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes emitió la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016 que resolvió rechazar el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 459/2016 interpuesto por Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., en consideración a los fundamentos siguientes (fojas 18 a 31):

i) El numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato 838/01, establece que para la medición de la meta, se excluyen los días establecidos expresamente para ese efecto; es decir, el Día de la Madre (27 de mayo), Navidad (25 de diciembre) y Año Nuevo (31 de diciembre), por lo que no es evidente que se haya desconocido lo establecido en tal instrumento contractual.

ii) Procesada la información presentada por el operador en el proceso de verificación de metas, se estableció que las rutas AXSSC y COMTELD, durante la gestión 2013, presentaron congestión en 24 días y 52 días, respectivamente, incumpliendo con el valor objetivo estipulado en el inciso D del numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato 838/01. Asimismo, se evidencia que dentro de esos 24 y 52 días, no se incluyeron o consideraron el Día de la Madre, Navidad y Año Nuevo, cumpliendo la condición contractual antes señalada.

iii) De la cantidad de días con congestión en las rutas AXSSC y COMTELD, se excluyeron las fechas 27 de Mayo, 25 de diciembre y 31 de diciembre, razón por la cual la ruta AXSSC sólo presenta 24 días de congestión y la ruta COMTELD 52 días de congestión. Asimismo, el operador debe considerar que la definición de tales días de alto tráfico está determinada en el Contrato 838/01, y que dicha definición fue la utilizada a lo largo de todo el proceso de verificación de metas de las gestión 2013, tal como se señala en el Informe ATT- DFC-INF TEC LP 941/2015 de 15 de diciembre de 2015. Asimismo, la mencionada exclusión está presente en el Anexo C.3, "Detalle de Días con Congestión - Congestión en Rutas - TELECEL S.A.", adjunto al Informe de la empresa contratada para la "Verificación del Cumplimiento de las Metas de Expansión y Calidad de los Concesionarios de Servicios de Telecomunicaciones, Gestión 2013".

iv) La ATT dejó de lado los 3 días señalados en el Contrato 838/01, aspecto de conocimiento del operador desde la suscripción del referido contrato, por lo que no se puede aducir el desconocimiento de esa condición y mucho menos pretender que la ATT establezca al margen del mismo, otros días a solicitud o conveniencia del operador, quien tiene la obligación de cumplir con los objetivos de la meta de calidad "Congestión en Rutas Intercentrales", es decir realizar todas las acciones necesarias y diligentes para cumplir con el valor objetivo de medición, evitando superarlo y no intentar una interpretación forzada del contrato para aparentar el cumplimiento de esta meta y evitar la aplicación de las sanciones que corresponden.



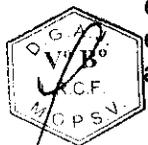


v) El sentido de lo señalado en el numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato 838/01, no es que sea el operador quien deba definir cuáles son los días de alto tráfico considerados para la evaluación de la meta de calidad "Congestión en Rutas Intercentrales", pues la ATT determinó en mérito a lo establecido en el referido Contrato que los días de alto tráfico no considerados en la evaluación de la meta, en la gestión 2013, son el Día de la Madre (27 de mayo), Navidad (25 de diciembre) y Año Nuevo (31 de diciembre). Asimismo, se debe considerar que dicha definición no es arbitraria ni discrecional, por lo que la ATT no podría definir otros días distintos a los señalados en el numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato 838/01 y mucho menos dar lugar al requerimiento del operador, pues si se permitiera dejar la decisión sobre los días a ser excluidos de la medición a criterio de los operadores, evidentemente se buscaría la exclusión de los días necesarios para resultar cumpliendo la obligación contractual establecida, desvirtuándose totalmente el objeto de preservar la calidad del servicio que se busca a través de la meta de calidad "Congestión en Rutas Intercentrales", prevista en el citado Contrato 838/01.

vi) Con relación a que se desconoce el por qué la ATT no otorga explicación del por qué el fin de semana de carnaval, San Valentín, el 6 de agosto, y otros días excepcionales de alto tráfico; tal como se señaló el Contrato 838/01 determina que son 3 los días excluidos de la medición del cumplimiento de la meta "Congestión en Rutas Intercentrales", el 27 de mayo, 25 y 31 de diciembre. Se reitera que la condición contractual prevista en el numeral 3.1.3 del Anexo 3 del citado Contrato no está abierta a interpretaciones extensivas, que el operador pretende que sean beneficiosas para él, en desmedro de la calidad del servicio.

vii) La incontrastable verdad material del caso es que el Contrato 838/01 define las fechas que deben ser excluidas de la medición del cumplimiento de la meta "Congestión en Rutas Intercentrales", es decir, el 27 de mayo y el 25 y 31 de diciembre; por lo que, no corresponde realizar un análisis de otros días con congestión que pueden presentarse en la gestión de evaluación para ser excluidos de dicha medición, puesto que la forzada posición del operador de que se dé una interpretación extensiva al numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato 838/01, resultaría en perjuicio de los usuarios, que tendrían que soportar una cantidad indeterminada de días con congestión, tolerando una mala calidad del servicio, y en beneficio del operador que en cada gestión podría ampliar irrestrictamente los días de congestión permitidos, tal como en el caso que nos ocupa, en el cual se pretende que se considere días como: Fin de semana de Carnaval, San Valentín, 6 de agosto, Viernes Santo, Día del Trabajo, día de San Juan, Aniversario de Cochabamba, Noche Buena, etc. Eso significaría que la ATT incumpla su atribución establecida en el numeral 5 del artículo 14 de la Ley N° 164, de regular, controlar, supervisar y fiscalizar la correcta prestación de los servicios por parte de los operadores de telecomunicaciones y el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales. No es evidente que la falta de evaluación de días considerados de alto tráfico, distintos a los establecidos contractualmente, signifique vulneración del principio de Verdad Material, careciendo de fundamentación suficiente el que el objeto de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 459/2016 sea ilícito o imposible, ni adolezca del vicio de nulidad establecido en el inciso b) del parágrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341.

viii) El inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 establece el Principio de Verdad Material, en sentido que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil. El inciso h) del artículo 16 de la citada Ley dispone que en su relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen. Los incisos b) y e) del artículo 28 de la referida Ley señalan que son elementos esenciales del Acto Administrativo, la Causa, pues deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que les sirvan de causa y el derecho aplicable y el Fundamento, pues el acto debe ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) de ese artículo, es decir la Causa. Los incisos a) y d) del artículo 30 de la Ley N° 2341, señalan que los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos y cuando deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. En la Resolución impugnada se evidencia que se han valorado y respondido a todos los argumentos planteados por el operador en sus memoriales REG/0085/2015, REG/0360/2016, REG/0529/2016, por cuanto los mismos están, al igual que en el caso del recurso de revocatoria que se analiza, referidos a la condición contractual establecida en el numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato 838/01, por cada ruta observada y las solicitudes de ampliación de E1, realizadas a otros operadores. Considerando la condición contractual





establecida en el Contrato 838/01, se estableció que los descargos del operador no son suficientes, por cuanto no se pueden añadir más días a los 3 que son excluidos de la medición del cumplimiento de la meta, por lo que no es evidente que se haya omitido el principio de verdad material.

ix) Revisadas las Sentencias Constitucionales citadas por el operador, es evidente que toda Resolución debe ser fundada. En el caso de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 459/2016, se evidencia que la misma, realiza una puntualización de los antecedentes que justifican su emisión; cita la normativa aplicable al caso en concreto; menciona los fundamentos expuestos en el Informe Técnico ATT-DFC-INF TEC LP 198/2016 de 5 de abril de 2016 apropiándose de los mismos; analiza cada uno de los argumentos del operador en el curso del proceso sancionador; expone las conclusiones finales, que explican los motivos por los que los descargos no son suficientes para desvirtuar los cargos formulados y que justifican el monto de la sanción correspondiente por el incumplimiento de la meta "Congestión en Rutas Intercentrales". Inclusive, para dar mayor certeza al operador sobre el proceder de la ATT, considerando un caso de similares características, sin que afecte que se refiera a la gestión 2012, se citó una decisión asumida por el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, precisamente respecto al incumplimiento de la meta "Congestión de Rutas Intercentrales" del SLDNI, del mismo operador, aunque en otras rutas. El acto recurrido no trasgrede el debido proceso, ni generó indefensión al procesado, ya que cumplió con todos los supuestos de derecho expuestos en las Sentencias Constitucionales citadas por el recurrente, por cuanto, tiene la motivación suficiente para establecer que el operador incumplió la obligación establecida en la Cláusula 7 (Metas de Calidad y Expansión) del Contrato 838/01, en la meta "Congestión de Rutas Intercentrales", gestión 2013. Destacándose que las rutas AXSSC y COMTELD presentaron en la gestión 2013, 24 y 52 días de congestión, superando de esa manera los 18 días de congestión permitidos.

x) No es evidente que la ATT no haya dado cumplimiento a las reglas contractuales aplicables, ni haya proporcionado explicación sobre los motivos por los que no corresponde la exclusión de días adicionales infundadamente pretendida por el operador. Otra evidencia de que la única finalidad del recurrente es evadir la responsabilidad que le corresponde por incumplimiento de la meta "Congestión de Rutas Intercentrales", para la gestión 2013, en la ruta AXSSC, es precisamente la argumentación forzada y sin fundamento legal o contractual de que se incrementa, a su conveniencia, los días con congestión permitida, en desmedro de la calidad de los servicios, teniendo congestionada su red por más de 18 días. Esto una vez más acredita que no es evidente la afirmación de que existiría un vicio en la evaluación de la meta, tratando de forzar un vicio que retrotraiga el proceso hasta un estado anterior a la emisión de la formulación de cargos y luego intentar argüir la prescripción de su incumplimiento.

xi) De manera similar, cabe señalar que en la verificación del cumplimiento de la meta "Congestión de Rutas Intercentrales", para la gestión 2013, en la ruta COMTELD, erróneamente el operador afirma que se habría considerado el Día de la Madre (27/05/2013), sin tomar en cuenta que los días con congestión en la citada ruta, inicialmente eran 53 y que excluyendo tal fecha quedó en 52 días con congestión.

xii) No es evidente que la ATT no haya dado cumplimiento a las reglas contractuales aplicables, ni proporcionado explicación sobre los motivos por los que no corresponde la exclusión reclamada, puesto que similar fundamento al expuesto fue desarrollado en el acto recurrido.

xiii) La construcción de lineamientos o precedentes se caracterizan por basarse en el principio de igualdad ante la Ley, que se traduce en un mismo trato a los administrados; en los principios de seguridad jurídica y buena fe, pues los administrados saben a qué atenerse en el futuro y mantiene a la Administración en el ejercicio de sus funciones en una posición de lealtad, eliminando cualquier desviación del poder; y en el principio de buena administración, fundado en la similitud que debe existir entre el caso presente y el pasado para su aplicación, y que las resoluciones que se emitan provengan de la misma entidad que decidió los casos en el pasado. La Resolución Ministerial N° 20 de 25 de enero de 2016, pronunciada por el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, emerge del recurso jerárquico interpuesto por TELECEL S.A. contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 959/2015, misma que rechazó el recurso de revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA





TL LP 491/2015 de 21 de abril de 2015 que declaró probado el cargo por incumplimiento a las rutas COTAS 17 y ENT10LP en el logro anual, para la gestión 2012, de la meta "Congestión de Rutas Intercentrales", correspondiente al Contrato 838/01. Asimismo, los argumentos del recurrente además de referirse a una "supuesta" prescripción de la infracción atribuida, son similares a los expuestos en el caso, pretendiendo que se incrementen los días de alto tráfico a los 3 previstos en el Contrato (Día de la Madre, Navidad, Año Nuevo) y pretendiendo que se libere de responsabilidad por el incumplimiento de la Meta de calidad "Congestión de Rutas Intercentrales", en base a requerimientos realizados a otros operadores interconectados. Por lo expuesto, la Resolución Ministerial N° 20 es un lineamiento que da certeza y seguridad a otros casos similares para que su resolución no sea caótica. En consecuencia, no es evidente que se haya incurrido con dicha cita, en la causal de nulidad prevista en el inciso b) del parágrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341, considerando adicionalmente que la Resolución impugnada tiene su propia fundamentación de hecho y de derecho.

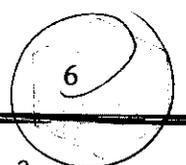
xiv) Efectivamente TELECEL S.A. envió a las empresas AXS S.A. y COMTECO Ltda., 8 notas solicitando la ampliación de E1; sin embargo debe considerarse que hasta el 1° de mayo de 2013, con carácter previo a las notas enviadas el 30 de mayo, 25 de julio y 16 de agosto de 2013, se constató la existencia de 24 días de congestión; por lo que tales solicitudes resultaron extemporáneas y en ningún caso evitarían una congestión ya ocurrida.

xv) Asimismo, en el caso de la ruta COMTELD hasta el 30 de mayo de 2013, ya se había advertido la existencia de 18 días de congestión, por lo que la solicitud de ampliación de E1, resultaba inoportuna pues esa medida no evitaría una congestión ya ocurrida, esto en el entendido de que las 5 notas enviadas a COMTECO Ltda. datan del 30 de mayo, 19 de julio, 16 de agosto, 3 de septiembre y 5 de septiembre de 2013.

xvi) La simple solicitud de ampliación de E1 del operador a los operadores interconectados, no constituye de manera alguna una acción efectiva que evite las consecuencias de un evento imprevisible o previsto. Para la aplicación del artículo 31 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 25950, corresponde precisar que cuando las consecuencias de una acción u omisión no podrían preverse, y escapan al promedio de probabilidades humanas, estamos frente a causas excluyentes como el caso fortuito y la fuerza mayor. Así doctrinalmente diremos que el caso fortuito o fuerza mayor es el hecho que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse y que, en consecuencia, genera la imposibilidad de cumplimiento de una obligación, ya que es extraordinario, imprevisible e inevitable. La característica de la imprevisibilidad no requiere ser absoluta sino suficiente para generar certeza de su no producción. En cuanto a lo inevitable o irresistible, se exige que el evento aún previsto no fue posible evitarlo. En el caso particular el operador pretende que la atención o no de sus solicitudes de ampliación de E1, extemporáneamente presentadas sean consideradas como eventos ajenos a su voluntad y que constituyen por sí la imposibilidad de cumplir con la meta "Congestión de Rutas Intercentrales".

xvii) La congestión de las rutas AXSSC y COMTELD era previsible por el operador, pues ya en el primer semestre como se señaló anteriormente se alcanzó y superó el límite de días con congestión permitida. Así, si el evento que impide el cumplimiento de la meta "Congestión de Rutas Intercentrales", fue la no atención de sus solicitudes de ampliación, el operador no acreditó haber realizado todas las acciones necesarias para evitar las consecuencias, ya que la simple solicitud sin realizar otras medidas, como el caso del conflicto de interconexión, que es una de las vías con las que cuenta el operador o cualquier otra que evidencia de un actuar diligente y tendiente a agotar todo mecanismo para cumplir con su obligación contractual. Quien alegue caso fortuito o fuerza mayor, debe probar que el hecho que genera la imposibilidad de cumplimiento es extraordinario, ya que un evento recurrente es previsible y/o previsto por lo que puede, o en su caso su efecto, ser evitado. Por lo expuesto, no es evidente que se haya incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso b) del parágrafo 1 del artículo 35 de la Ley N° 2341, pues no se ha "inadvertido" el Principio de Verdad Material.

6. Mediante escrito recibido el 28 de junio de 2016, Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., solicitó aclaratoria y complementación de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016; la cual fue atendida por el ente regulador a través del Auto ATT-DJ-A TL LP 779/2016 de 1° de julio de 2016 (fojas 13 a 14 y 10 a 12).



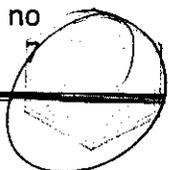


7. El 21 de julio de 2016, Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., interpuso recurso jerárquico contra la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016, reiterando los argumentos expuestos en instancia de revocatoria y añadiendo los siguientes argumentos (fojas 1 a 8):

i) La Autoridad desconoce que es el propio Contrato el que define los días excluidos de la medición y la verificación de la meta de Congestión de Rutas Intercentrales del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional. Al efecto, el contrato señala que "...la verificación de estas metas no se realizará en los días excepcionales de alto tráfico como el día de la madre, navidad y año nuevo...". En forma contraria a la posición del ente regulador, y como consecuencia de tal redacción, como aspecto no desvirtuado por la ATT, es claro que queda a cargo del regulador, el deber de analizar y explicar, día por día y fecha por fecha observadas en la congestión, si las mismas corresponden o no a días de "alto tráfico", verificación que en el caso de autos de ninguna manera ha acontecido; por ello, quedan excluidos todos los días excepcionales que tengan la cualidad de "alto tráfico". En el ejercicio del Principio de Verdad Material la ATT debió otorgar una explicación y realizar una evaluación con relación a los días que según su propia naturaleza, sean considerados como de alto tráfico. La interpretación contractual otorgada por la ATT es contraria a las reglas anotadas previamente y al espíritu mismo de la redacción contractual. Por ello, se presenta vicio de nulidad de pleno derecho comprendido en el Art. 35-1, literal b) de la Ley N° 2341, por presentarse ilicitud en el objeto del acto, por "inadvertir" las reglas del contrato de concesión de servicios de larga distancia de TELECEL S.A., así como el Principio de Verdad Material que, rige el Procedimiento Administrativo.

ii) La ATT no cumplió con las reglas contractuales aplicables, ni ha proporcionado explicación sobre los motivos por los que no corresponde su exclusión, lo cual "conlleva vicio en la evaluación de la meta, así como desconocimiento de las estipulaciones contractuales aplicables; ni aplicó el Principio de Favorabilidad consagrado en el artículo 116-1 Constitucional. La ATT ingresa en contradicción y conflicto con sus propios actos situación que se encuentra reñida con la Doctrina de los actos propios, en función a la cual, la Administración, en ningún caso puede desconocer sus decisiones y acciones que reconocieron derechos a favor de los administrados. La Sentencia Constitucional 0908/2005-R de 8 de agosto de 2005, ha determinado que en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe y fuera del procedimiento previsto y los recursos señalados por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo (conocido en la doctrina como acto propio); aclarando que lo señalado es también aplicable para los casos de revocatoria, modificación o sustitución de los actos administrativos propios que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, ya que éstos sólo pueden ser revocados cuando se utilizaron oportunamente los recursos que franquea la ley, o cuando el acto beneficie al administrado". La ATT transgredió el principio de seguridad jurídica determinado en los artículos 178-I y 306-III de la Constitución Nacional, incurriendo en causal de nulidad prevista en el artículo 35, literal d) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.

iii) La motivación es un elemento esencial del acto administrativo, inscrito como garantía del derecho a la defensa y, adicionalmente un requisito formal de orden público, cuya omisión no puede ser suplida por ninguna Autoridad Administrativa ni Judicial a posterior. Resulta evidente que la resolución recurrida carece de motivación. Son de importancia, las consideraciones presentes en la jurisprudencia Constitucional contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de Junio de 2002 que recogiendo lo señalado de la SC 1369/2001-R de 19 de Diciembre de 2001 y a través de la SC 1365/2005-R de 31 de Octubre de 2005, referidas al debido proceso. En la misma línea jurisprudencial, se tiene la SC 2227/2010-R que precisó: "...toda resolución, ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso, debe contener los siguientes aspectos, a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado". Al respecto, al dictar la resolución recurrida, el órgano regulador, no





ha reparado en considerar que no se cumplieron las reglas contractuales aplicables, que exigen la exclusión en la evaluación de la meta, de tales días de alto tráfico. La autoridad regulatoria, tampoco proporciona explicación sobre los motivos específicos por los que no correspondería su exclusión; lo cual conlleva error de apreciación en la evaluación de la meta, así como desconocimiento de las estipulaciones contractuales que son de aplicación. En la resolución recurrida, correspondía la exclusión de las mencionadas fechas de la verificación de la meta, con lo que los días con congestión mayor al 1% en la ruta COMTELD disminuyen prácticamente en su integridad. La Resolución recurrida carece de uno de los elementos esenciales del acto administrativo referido al fundamento que motiva la resolución, debiendo por ello también aceptarse el "recurso de revocatoria", así como disponerse la revocatoria del acto impugnado.

iv) En la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TI LP 42/2016, se hace referencia a la Resolución Ministerial N° 20 de 25 de enero de 2016, como si la misma se tratara de un precedente administrativo aplicable al caso de autos. En Bolivia, para que el precedente administrativo sea considerado como fuente del derecho "... debe ser más que una simple práctica, debe ser la práctica reiterada y constante de la Administración Pública, en la aplicación de una norma y además debe gozar de cierto grado de obligatoriedad para la propia administración...". Los precedentes administrativos, conllevan "...conductas o comportamientos constantes de la administración de los cuales puede deducirse un beneficio o daño para los derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado..." La referida Resolución Ministerial no podría considerarse como un precedente administrativo vinculante ni referencial, o como fuente del derecho administrativo de telecomunicaciones, con fuerza jurídica vinculante o exigible que respalde la justificación del sancionamiento impuesto a TELECEL S.A. por supuesto incumplimiento en la meta "Congestión en Rutas Intercentrales" gestión 2013; debido a que tal pronunciamiento no identifica una práctica reiterada ni constante de la Administración Pública, en la aplicación de una norma jurídica o contractual, careciendo de razonabilidad su invocación.

v) La Resolución Ministerial N° 20 de 25 de enero de 2016, procedió a la confirmación de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 959/2015, de rechazo del Recurso de Revocatoria parcial formulado contra los artículos Segundo, Tercero y Cuarto de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 491/2015 de 21 de abril de 2015; que declaró probados los cargos contra TELECEL S.A., por incumplimiento en las rutas COTAS17 Y ENT10LP, de la meta "Congestión en Rutas Intercentrales" para la gestión 2012, con imposición de multa de Bs. 57.041.56-; suponiendo lo mismo que, no corresponde tal mención en condición de precedente administrativo, por tratarse de un pronunciamiento total y absolutamente ajeno al proceso de verificación de cumplimiento de metas correspondiente a la gestión 2013, no siendo por lo mismo de referencia ni aplicación. El pretender motivar su decisión en una resolución ajena al caso en cuestión, que se pronuncia por aspectos, particularidades y gestiones diversas a la verificación de metas 2013; con lo que su remisión carece de validez y de sustento jurídico y legal. Por ello, se presenta vicio de nulidad de pleno derecho comprendido en el Art. 35-1, literal b) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, por presentarse ilicitud en el objeto del acto, correspondiendo, expedirse por la nulidad del acto recurrido.

vi) Los eximentes de responsabilidad, como los demostrados con las notas de ampliación de las rutas de interconexión, pueden expresarse y exponerse de manera amplia e irrestricta y sin el cumplimiento previo de requisitos tales como los exigidos ahora por la autoridad. La ATT no indica la regulación jurídica que establezca las condiciones previas que deban cumplirse por los operadores del sector de telecomunicaciones, para que los eximentes de responsabilidad sean válidamente admitidos por el juzgador, con lo cual, tal razonamiento, carece de sustento y razonabilidad. El seguimiento o no del procedimiento de Conflicto en la Interconexión, regulado por el Reglamento aprobado por el decreto Supremo N° 1391, es una opción alternativa que los operadores del sector pueden activar ante la autoridad de regulación, no así una obligación, sin que su falta de activación invalide la invocación válida de una exclusión de responsabilidad.

vii) Para demostrar las causas de fuerza mayor en las que se encontró TELECEL S.A., que representan exclusión de su responsabilidad, fueron adjuntadas y acompañadas copias de las respectivas solicitudes de ampliación de E1, dirigidas a los operadores AXS S.A. y COMTECO Ltda., las que evidenciaron que oportunamente, advirtiendo/anticipando sobre la existencia de cierto grado de congestión de las rutas habilitadas con los referidos operadores, se solicitó a los mismos que adopten los recaudos correspondientes para evitar esa congestión, aspecto relevante que no fue tenido en cuenta, es decir que, la congestión aun habiendo sido prevista, no



8



puedo ser evitada por TELECEL S.A., esto porque habrían podido suceder cambios de volúmenes de tráfico fuera de nuestro alcance, ya que los incrementos vinieron de parte de los operadores interconectados por tratarse de tráfico entrante. La ampliación de tales rutas con los citados operadores no depende sino de la voluntad de los mismos, quedando TELECEL S.A. excluida de toda responsabilidad frente a la implantación de las medidas de ampliación de la capacidad de las rutas observadas. Lo que ocurrió en el caso, es que los operadores interconectados, no dieron respuesta a las notas de solicitud de ampliación, situación que constituye en eximente de la responsabilidad de TELECEL S.A. Por ello, se presenta vicio de nulidad de pleno derecho comprendido en el Art. 35-1, literal b) de la Ley N° 2341, por presentarse ilicitud en el objeto del acto, por "inadvertir" el Principio de Verdad Material que rige el Procedimiento Administrativo.

8. A través de Auto RJ/AR-066/2016 de 27 de julio de 2016, el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda admitió y radicó el recurso jerárquico planteado por Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016 de 13 de junio de 2016, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes (fojas 163).

CONSIDERANDO: que a través de Informe Jurídico MOPSV-DGAJ-N° 1019/2016 de 18 de noviembre 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 rechace el recurso jerárquico planteado por Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016 de 13 de junio de 2016 y, en consecuencia, se la confirme totalmente.

CONSIDERANDO: que analizados los antecedentes del recurso jerárquico motivo de autos y lo expuesto en el Informe Jurídico MOPSV-DGAJ N° 1019/2016, se tienen las siguientes conclusiones:

1. Los incisos d), l) y m) del artículo 17 del Decreto Supremo N° 0071 de Creación de las Autoridades de Fiscalización y Control Social establecen entre las competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transportes, actualmente Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, las de regular, controlar, supervisar, fiscalizar y vigilar la prestación de los servicios y actividades por parte de las entidades y operadores bajo su jurisdicción reguladora, y el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales y el implementar los aspectos relativos a la regulación, control, fiscalización y supervisión de los sectores de telecomunicaciones y transportes, en el marco de la Constitución Política del Estado; así como, requerir a las personas naturales o jurídicas, y otros entes relacionados con los sectores de telecomunicaciones y transportes, información, datos y otros que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones y publicar estadísticas sobre las actividades de los sectores.

2. El párrafo I de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley N° 164 General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación determina 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.

3. El numeral 4 del artículo 59 de la referida Ley señala entre las obligaciones de los operadores y proveedores la de proporcionar información clara, precisa, cierta, completa y oportuna a la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes.

4. El artículo 60 de la misma Ley dispone 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.





5. La Clausula 7 del Contrato de Concesión, ahora Autorización Transitoria Especial, para la operación de redes públicas de telecomunicaciones y la provisión del servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional suscrito por TELECEL S.A. el 30 de noviembre de 2001, señala que el concesionario, en la medida en que la naturaleza y la extensión de sus operaciones concedidas y los servicios concedidos así lo requieran, deberá cumplir con las obligaciones de las metas de calidad y expansión indicadas en el Anexo 3, correspondientes a cada uno de los servicios y operaciones concedidos y en los términos estipulados en dicho Anexo. Los incumplimientos a las obligaciones y metas establecidas en el Anexo 3 serán sancionados en los términos estipulados en el Anexo 4 de ese Contrato. La autoridad reguladora podrá reajustar dichas metas otorgando un plazo al efecto.

6. El Anexo 3 del citado Contrato señala las obligaciones particulares y metas del concesionario; estableciendo en el numeral 3.1.3 las metas de calidad del servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional.

7. Una vez expuestos los antecedentes y la normativa aplicable al caso, cabe analizar los argumentos expresados por el recurrente; así se tiene lo siguiente:

i) En cuanto a que el ente regulador desconocería que es el propio contrato el que define los días excluidos de la medición y la verificación de la meta de Congestión de Rutas Intercentrales del Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional; el cual señala que "...la verificación de estas metas no se realizará en los días excepcionales de alto tráfico como el día de la madre, navidad y año nuevo...". En forma contraria a la posición del ente regulador, y como consecuencia de tal redacción, como aspecto no desvirtuado por la ATT, queda a cargo del regulador, analizar y explicar, día por día y fecha por fecha observadas en la congestión, si las mismas corresponden o no a días de "alto tráfico", verificación que en el caso no aconteció. Por ello, quedan excluidos todos y cada uno de los días excepcionales que tengan la cualidad de "alto tráfico". Por el Principio de Verdad Material, la ATT debió explicar y evaluar los días que sean considerados como de alto tráfico. La interpretación contractual otorgada por la ATT es contraria a las reglas anotadas previamente y al espíritu mismo de la redacción contractual, por ello, se presentaría el vicio de nulidad comprendido en el inciso b) del parágrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341, por presentarse ilicitud en el objeto del acto, al "inadvertir" las reglas del contrato de concesión, así como el Principio de Verdad Material; al respecto cabe señalar que la norma citada dispone que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible; toda vez que el numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato 838/01, establece que para la medición de la meta, se excluyen los días establecidos expresamente para ese efecto; es decir, el Día de la Madre, Navidad y Año Nuevo, no es evidente que se hubiese incumplido tal disposición contractual, teniendo el acto recurrido un objeto lícito y posible.

ii) El regulador estableció correctamente que las rutas AXSSC y COMTELD, durante la gestión 2013, presentaron congestionamiento en 24 días y 52 días, respectivamente, incumpliendo el límite de 18 días establecido en el inciso D del numeral 3.1.3 del Anexo 3 del Contrato de Concesión 838/01. Asimismo, señaló que el operador debería considerar que la definición de tales días de alto tráfico está determinada en el citado Contrato, y que dicha definición fue la utilizada a lo largo de todo el proceso de verificación de metas de las gestión 2013, tal como se señaló en el Informe ATT- DFC-INF TEC LP 941/2015 de 15 de diciembre de 2015. La ATT dejó de lado los referidos 3 días señalados en el Contrato, aspecto de conocimiento del operador desde la suscripción del mismo, por lo que no se puede aducir el desconocimiento de esa condición y mucho menos pretender que la ATT establezca al margen del mismo, otros días a solicitud o conveniencia del operador, quien tiene la obligación de cumplir con los objetivos de la meta de calidad "Congestión en Rutas Intercentrales".

En mérito a que el Contrato de Concesión establece con absoluta claridad los días a ser excluidos de la evaluación de la meta, no es el operador el que define cuáles deben ser los días de alto tráfico considerados para la evaluación de la misma, pues tal pretensión no cuenta con ningún fundamento; por lo que carece de asidero la reiterada exigencia de TELECEL S.A. de que se excluyan todos los días que requiera el operador para lograr cumplir la meta evaluada. Cabe recordar que TELECEL S.A. presta un servicio público a nombre del Estado en virtud al Contrato de Concesión suscrito, no pudiendo considerarse la pretensión del operador de apartarse del cumplimiento de las metas de calidad mínimas impuestas por el Estado para precautelar que el servicio público concesionado sea prestado a los usuarios dentro de los límites de calidad



10



establecidos contractualmente, lo contrario afectaría la calidad del servicio.

iii) En cuanto a la explicación reclamada por el operador del porqué el fin de semana de carnaval, San Valentín, el 6 de agosto, y otros días de alto tráfico no se excluyen de la evaluación de la Meta; debe reiterarse que la condición contractual prevista en el numeral 3.1.3 del Anexo 3 del citado Contrato no está abierta a interpretaciones extensivas, que el operador pretende que sean beneficiosas para él, en desmedro de la calidad del servicio, no cabiendo explicación adicional a la previsión contractual establecida; al contrario; si el ente regulador hubiese adoptado la decisión de excluir otros días aparte de los establecidos contractualmente, tal conducta sí debería ser debidamente fundamentada.

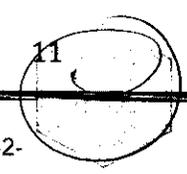
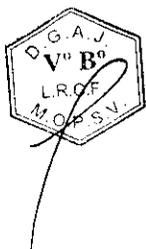
iv) La verdad material del caso es que el Contrato 838/01 define las fechas que deben ser excluidas de la medición del cumplimiento de la meta "Congestión en Rutas Intercentrales", es decir, el 27 de mayo y el 25 y 31 de diciembre; por lo que, no corresponde realizar un análisis de otros días con congestión que pueden presentarse en la gestión de evaluación para ser excluidos de dicha medición, ya que ello sí resultaría en una afectación a la seguridad jurídica al permitir modificaciones discrecionales a voluntad de los operadores en directo desmedro del servicio y en perjuicio de los usuarios. No evidenciándose fundamentación suficiente sobre los supuestos vicios de nulidad alegados; ya que al contrario, se establece que el ente regulador estableció la verdad material del caso y basó sus pronunciamientos en el Contrato vigente y la normativa aplicable, lo que resultó en que sus actos sean lícitos y posibles.

v) Es menester precisar que la Resolución impugnada efectuó una correcta valoración de los descargos presentados y contestó a todos los argumentos planteados por el operador en sus memoriales REG/0085/2015, REG/0360/2016, REG/0529/2016, por cada ruta observada y las solicitudes de ampliación de E1, realizadas a otros operadores, evidenciando que los mismos no resultaban suficientes para desvirtuar los cargos formulados, por lo que se establece que el ente regulador motivó su pronunciamiento de acuerdo a lo establecido normativamente, sustentándolo en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y el derecho aplicable emitiendo actos debidamente fundamentados, desvirtuando lo afirmado en contrario por el operador.

vi) Con referencia a las Sentencias Constitucionales citadas por el operador, se coincide y aplica plenamente el contenido de las mismas; en el caso de las Resoluciones emitidas por el ente regulador, realizan una puntualización de los antecedentes que justifican su emisión; citan la normativa aplicable al caso en concreto; mencionan los fundamentos expuestos en el Informe Técnico ATT-DFC-INF TEC LP 198/2016 de 5 de abril de 2016 apropiándose de los mismos de acuerdo a lo establecido por el párrafo III del artículo 52 de la Ley N° 2341; analizan todos los argumentos del operador en el curso del proceso sancionador; y concluyen explicando los motivos por los que los descargos no son suficientes para desvirtuar los cargos formulados y que justifican el monto de la sanción correspondiente por el incumplimiento de la meta "Congestión en Rutas Intercentrales". Destacándose que las rutas AXSSC y COMTELD presentaron en la gestión 2013, 24 y 52 días de congestión, superando de esa manera los 18 días de congestión permitidos y el porqué del rechazo al recurso de revocatoria interpuesto, desvirtuándose que no se hubiesen aplicado los criterios contenidos en la jurisprudencia constitucional señalada.

8. Respecto a que la ATT no habría cumplido con las reglas contractuales aplicables, ni proporcionado explicación sobre los motivos por los que no corresponde su exclusión y que la ATT ingresa en contradicción y conflicto con sus propios actos situación que se encuentra reñida con la Doctrina de los actos propios, en función a la cual, la Administración, en ningún caso puede desconocer sus decisiones y acciones que reconocieron derechos a favor de los administrados; lo cual incumpliría jurisprudencia constitucional y el principio de seguridad jurídica determinado en los artículos 178-I y 306-III de la "Constitución Nacional", incurriendo en causal de nulidad prevista en el artículo 35, literal d) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341; es preciso reiterar lo señalado en los puntos anteriores; el ente regulador cumplió plenamente la estipulación contractual establecida en el Anexo 3 del Contrato 838/01, no existiendo mérito para que explique al recurrente el contenido de la misma, cuya comprensión está al alcance de cualquier persona; al contrario de no haber cumplido tal previsión contractual y de haber accedido a la infundada pretensión del operador, en ese caso sí ameritaría que el regulador fundamente y explique tal decisión.

El ente regulador no afectó ni alteró sus actos propios, toda vez que no modificó ni incumplió la





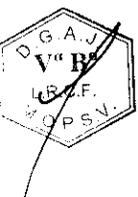
Clausula contractual establecida del numeral 3.1.3 del Anexo 3 de la Autorización Transitoria Especial 838/01; no resulta admisible ni conducente al caso que la pretensión de TELECEL S.A. que el cumplimiento de la condición contractual por parte del regulador se considere un desconocimiento a sus decisiones; ya que como se evidenció la ATT cumplió plenamente la condición contractual acordada en el Contrato de Concesión suscrito con el recurrente; desvirtuándose un posible pronunciamiento contrario a la Constitución Política del Estado.

9. En cuanto a una supuesta falta de motivación en el pronunciamiento del ente regulador, del análisis de los documentos emitidos por la Autoridad se establece que cumplen plenamente con la motivación establecida normativamente y reiterada por la jurisprudencia constitucional invocada, siendo evidente que fueron debidamente motivadas; el operador confunde que cada vez que la motivación y fundamentación expresada por el ente regulador no le es favorable ésta resultaría insuficiente; al contrario, en el caso la Autoridad reguladora ha motivado minuciosamente su pronunciamiento expresando los fundamentos que evidencia la emisión de un pronunciamiento enmarcado en los antecedentes del caso, el Contrato 838/01 y la normativa aplicable.

10. Con relación a que la ATT no habría considerado que en el sancionamiento impuesto realizó un incorrecto análisis, revisión y confirmación de la sanción en la evaluación de la meta de calidad "Congestión en Rutas Intercentrales" en la gestión 2013, al no haber fundamentado cuales son los hechos o circunstancias que expliquen el sancionamiento contra TELECEL S.A., no obstante de haberse invocado de forma reiterada que los días observados de congestión (relativos a las rutas cuestionadas), conllevaban días de "alto tráfico" y que por lo mismo debían ser objeto de exclusión en la verificación de la meta; por lo expuesto la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016, carece de uno de los elementos esenciales del acto administrativo referido al fundamento que motiva la resolución, debiendo por ello también aceptarse el "recurso de revocatoria", así como disponerse la revocatoria del acto impugnado; cabe reiterar lo expresado anteriormente respecto a que el operador incumplió la meta "Congestión de Rutas Intercentrales", para la gestión 2013, en la ruta AXSSC, teniendo congestionada su red por más de 18 días, lo cual demuestra que no es evidente la afirmación de que existiría un vicio en la evaluación de la meta. Igualmente en la ruta COMTELD, los días con congestión fueron 52; no siendo evidente que la ATT no diera cumplimiento a las reglas contractuales aplicables, ni proporcionado explicación sobre los motivos por los que no corresponde la exclusión reclamada, ya que como se señaló no correspondía que el ente regulador ingrese a explicar aspectos que se encuentran definidos en la Autorización Transitoria Especial vigente; únicamente se hubiera requerido una explicación en caso de que el regulador hubiese dispuesto hacer la aplicación distinta de la condición contractual reclamada infundadamente por TELECEL S.A.

11. En cuanto a que la referencia a la Resolución Ministerial N° 20 de 20 de enero de 2016, como si la misma se tratara de un precedente administrativo aplicable al caso de autos y que bajo ninguna circunstancia podría considerarse como un precedente administrativo vinculante ni referencial, o como fuente del derecho administrativo de telecomunicaciones, con fuerza jurídica vinculante o exigible que respalde la justificación del sancionamiento impuesto a TELECEL S.A. por incumplimiento en la meta "Congestión en Rutas Intercentrales" gestión 2013; cabe señalar que el operador pretende constituirse en el poseedor de la verdad absoluta rechazando la referencia efectuada por el regulador, al respecto resulta contradictorio que en repetidas oportunidades TELECEL S.A. reclame "falta de motivación" en el pronunciamiento del regulador y pretenda desconocer el pronunciamiento de esta Cartera de Estado referido al recurso jerárquico interpuesto por TELECEL S.A. contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 959/2015, misma que rechazó el recurso de revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TL LP 491/2015 de 21 de abril de 2015 que declaró probado el cargo por incumplimiento a las rutas COTAS 17 y ENT10LP en el logro anual, para la gestión 2012, de la meta "Congestión de Rutas Intercentrales", correspondiente a la Autorización Transitoria Especial 838/01. Asimismo, los argumentos del recurrente además de referirse a una "supuesta" prescripción de la infracción atribuida, son similares a los expuestos en el caso, pretendiendo que se incrementen los días de alto tráfico a los tres previstos en el Contrato y que se le libere de responsabilidad por el incumplimiento de la Meta de calidad "Congestión de Rutas Intercentrales", en base a requerimientos realizados a otros operadores interconectados. Referencia absolutamente pertinente al caso, toda vez que se trata de la evaluación de la misma meta, variando únicamente las rutas y la gestión.

No resulta comprensible el que TELECEL S.A. intente justificar tal rechazo en que el ente





regulador habría motivado su pronunciamiento en tal argumento; ya que como se tiene establecido el pronunciamiento emitido fue motivado y fundamentado en los antecedentes del caso, la Autorización Transitoria Especial vigente y la normativa aplicable, constituyendo la mención a la Resolución Ministerial N° 020 una referencia absolutamente pertinente al caso en el afán de ilustrar la errónea argumentación expresada por el operador. Desvirtuándose que se hubiese incurrido con dicha cita, en la causal de nulidad prevista en el inciso b) del párrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341, considerando adicionalmente que la Resolución impugnada tiene su propia fundamentación de hecho y de derecho.

12. Respecto a que los eximentes de responsabilidad, como los demostrados con las notas de ampliación de las rutas de interconexión, pueden expresarse y exponerse de manera amplia e irrestricta y sin el cumplimiento previo de requisitos tales como los exigidos ahora por la autoridad. La ATT no indica la regulación jurídica que establezca las condiciones previas que deban cumplirse por los operadores del sector de telecomunicaciones, para que los eximentes de responsabilidad sean válidamente admitidos por el juzgador, con lo cual, tal razonamiento, carece de sustento y razonabilidad. El seguimiento o no del procedimiento de Conflicto en la Interconexión, regulado por el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 1391, es una opción alternativa que los operadores del sector pueden activar ante la autoridad de regulación, no así una obligación, sin que su falta de activación invalide la invocación válida de una exclusión de responsabilidad. Por lo que se presentaría vicio de nulidad de pleno derecho comprendido en el artículo 35-1, literal b) de la Ley N° 2341, por presentarse ilicitud en el objeto del acto, por "inadvertir" el Principio de Verdad Material que rige el Procedimiento Administrativo; cabe reiterar en la línea de lo observado por la ATT que efectivamente TELECEL S.A. envió a las empresas AXS S.A. y COMTECO Ltda., 8 notas solicitando la ampliación de E1; sin embargo debe considerarse que hasta el 1° de mayo de 2013, con carácter previo a las notas enviadas el 30 de mayo, 25 de julio y 16 de agosto de 2013, se constató la existencia de 24 días de congestión; por lo que tales solicitudes resultaron extemporáneas y en ningún caso evitarían una congestión ya ocurrida. Asimismo, en el caso de la ruta COMTELD hasta el 30 de mayo de 2013, ya se había advertido la existencia de 18 días de congestión, por lo que la solicitud de ampliación de E1, resultaba inoportuna pues esa medida no evitaría una congestión ya ocurrida, esto en el entendido de que las 5 notas enviadas a COMTECO Ltda. datan del 30 de mayo, 19 de julio, 16 de agosto, 3 de septiembre y 5 de septiembre de 2013, aspecto que desvirtúa categóricamente lo argumentado por el recurrente.

La simple solicitud de ampliación de E1 del operador a los operadores interconectados, no constituye de manera alguna una acción efectiva que evite las consecuencias de un evento imprevisible o previsto. Para la aplicación del artículo 31 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 25950, corresponde precisar que cuando las consecuencias de una acción u omisión no podrían preverse y escapan al promedio de probabilidades humanas, estamos frente a causas excluyentes como el caso fortuito y la fuerza mayor. En cuanto a lo inevitable o irresistible, se exige que el evento aún previsto no fue posible evitarlo. En el caso particular el operador pretende que la atención o no de sus solicitudes de ampliación de E1, extemporáneamente presentadas sean consideradas como eventos ajenos a su voluntad y que constituyen por si la imposibilidad de cumplir con la meta "Congestión de Rutas Intercentrales".

La congestión de las rutas AXSSC y COMTELD era previsible por el operador, pues ya en el primer semestre como se señaló anteriormente se alcanzó y superó el límite de días con congestión permitida, por lo que no constituyen causales de fuerza mayor o caso fortuito.

En relación al conflicto de interconexión, es una de las vías con las que cuenta el operador y es su decisión si apela a ese mecanismo o no, no debiendo considerarse obligatoria tal acción; se evidencia que tal mención fue efectuada por el ente regulador como un ejemplo de las acciones al alcance del operador, que no fueron tomadas oportunamente, para evitar incurrir en incumplimientos contractuales como el que generó el caso; Tales aspectos ponen en evidencia que el objeto del recurrente únicamente es encontrar vías que permitan deslindar su responsabilidad respecto a las obligaciones contractuales a las que está sujeto; desvirtuándose que se incurriera en la causal de nulidad prevista en el inciso b) del párrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341.

13. En cuanto al argumento referido a supuestas causas de fuerza mayor, el artículo 30 del Decreto Supremo N° 25950 establece que se excluye la responsabilidad cuando el hecho que





configura la infracción administrativa ha sido determinado como una situación de caso fortuito o fuerza mayor. A ese efecto, se entenderá por caso fortuito o fuerza mayor todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no pudo evitarse; situación que no se presentó en el caso, ya que la existencia de las referidas Notas pone en evidencia que TELECEL S.A. sí tenía prevista la posible congestión en las rutas con las empresas señaladas; en tal sentido, el que los operadores supuestamente no hubiesen dado curso a lo solicitado, no resulta en un descargo suficiente; ya que de la revisión del expediente del caso no se pudo evidenciar la existencia de alguna gestión adicional realizada por TELECEL S.A. al respecto; al contrario, se evidenció que no utilizó los mecanismos a su alcance, tal como el procedimiento de Conflicto de Interconexión o cualquier otro que hubiese estado a su alcance, para prevenir tal situación, por lo que se descarta que los incumplimientos contractuales en los que incurrió el operador se hubiesen debido a causas de fuerza mayor o caso fortuito siendo dos figuras distintas y de alcances diferentes, no siendo adecuada su invocación en forma indistinta; por lo tanto, no existiendo fundamentación suficiente para el argumento referido a una supuesta causal de nulidad por ilicitud en el objeto del acto recurrido; no es razonable que TELECEL S.A. pretenda trasladar, sin aportar pruebas que sustenten tal pretensión, a otros operadores los incumplimientos contractuales en los que incurrió.

14. De todo lo expuesto, en el marco del inciso b) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 0071 y del inciso c) del párrafo II del artículo 91 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27172, corresponde rechazar el recurso jerárquico planteado por Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016 de 13 de junio de 2016, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, 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 Giovanni Gismondi Paredes, en representación de TELECEL S.A., en contra de la Resolución Revocatoria ATT-DJ-RA RE-TL LP 42/2016 de 13 de junio de 2016, confirmándola totalmente.

Comuníquese, regístrese y archívese.


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

