

Auto Supremo Nro. 393/2016

Fecha del Auto: lunes, 19 de septiembre de 2016

SALA PLENA

SENTENCIA: 393/2016.
FECHA: Sucre, 19 de septiembre de 2016.
EXPEDIENTE N°: 885/2012
PROCESO : Contencioso Administrativo.
PARTES: Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A. BOLIVIAN POWER COMPANY LIMITED Sucursal Bolivia (COBEE) contra el Ministerio de Hidrocarburos y Energía.
MAGISTRADA RELATORA: Rita Susana Nava Durán.

Pronunciada en el proceso contencioso administrativo seguido por la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A. Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (“COBEE”) representado por René Sergio Pereira Sánchez contra el Ministerio de Hidrocarburos y Energía.

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 44 a 50 vta., impugnando la Resolución Ministerial R.J. N° 080/2012 de 25 de septiembre del 2012, emitida por el Ministerio de Hidrocarburos y Energía; contestación de la demanda de fs. 60 a 65 vta.; réplica de fs. 87 a 88 vta.; dúplica de fs. 97 a 98 vta.; antecedentes administrativos y recursivos.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

1.1 Fundamentos de la demanda.

La Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A. Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (“COBEE”), representado por René Sergio Pereira Sánchez dentro el plazo previsto en el art. 780 del Código de Procedimiento Civil, interpone demanda contenciosa administrativa (fs. 44 a 50 vta.), con los siguientes fundamentos:

1. Antecedentes. El demandante manifiesta que en fecha 16 de febrero de 2012, la Autoridad Nacional de Hidrocarburos notifico a COBEE con la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012, (transcribe en su integridad la parte resolutive de la mencionada resolución, que resuelve otorgar a la Empresa Valle Hermoso S.A. la Autorización Excepcional de Operación de la Línea de Acometida Especial y Autorizar la Conexión de ésta Línea al Gasoducto Ramal SENKATA – COBEE, a objeto de permitir el suministro de gas natural a la Planta Termoeléctrica El Alto a ser operada por la citada empresa y se otorgó en la misma a COBEE un plazo de 30 días hábiles administrativos para solicitar la correspondiente Autorización Excepcional). Refiere que posteriormente en fecha 5 de marzo de 2012, en el Otrosí del memorial (C.B. 869607), solicito a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) fotocopias legalizadas de los documentos señalados en la RA 0244/2012 de 16 de febrero de 2012, cuya respuesta fue que “COBEE deberá acreditar su derecho subjetivo e

interés legítimo correspondiente” y que solo se concedió informe legal que recomendaba dar plazo a COBEE para presentar su solicitud de autorización. En fecha 27 de febrero de 2012 mediante memorial E-007/12 (C.B. 868847) dirigido a la ANH, en el otrosí 1, COBEE pidió se “emita una resolución administrativa específica y debidamente fundamentada, independiente de la resolución solicitada en el cuerpo principal... en la que fije una tarifa por la utilización de la Línea Ramal de propiedad de COBEE”, solicitud que mereció el Auto de fecha 5 de marzo de 2012, que dispone: “Con relación a la solicitud de referencia, bajo el argumento de que es necesaria una contraprestación justa por permitir el uso por parte de Valle Hermoso de la Línea Ramal de propiedad de COBEE, para el establecimiento de gas natural de su nueva planta termoeléctrica; ESTÉSE a lo dispuesto en la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012”, indica que dicho auto dio lugar a la presentación del recurso de revocatoria, en fecha 20 de marzo de 2012, que mereció la RA 0707/2012, que determino lo siguiente: “UNICO.- De conformidad con lo establecido por el inc. a), parágrafo II del art. 89 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante D.S. N° 27172 de 15 de septiembre de 2003, se desestima el recurso de revocatoria (Sic)”, posteriormente contra dicha resolución, interpuso recurso jerárquico, emitiéndose la RM 080, que en su parte resolutive, sin entrar a conocer el fondo, rechaza el recurso jerárquico y consecuentemente confirma la RA 0707/2012 de 11 de abril de 2012.

2. Respecto a la nulidad del Auto de 05/03/12. El demandante sostiene que el mismo se encuentra viciado de nulidad, transcribiendo el inc. c) del art. 35 (Nulidad del Acto), art. 28 (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) incs. b), d) y e) y art. 30 (Actos Motivados) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, sostiene que la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) al emitir el Auto de 05/03/12 prescindió totalmente del procedimiento legalmente establecido y se omitieron los siguientes elementos esenciales del acto administrativo: a) El citado auto carece totalmente de fundamentación con referencia a los hechos y fundamentos de derecho que debieran sustentarlo; b) Causa, según el cual los actos administrativos deberán sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y el derecho aplicable, requisito esencial que claramente fue omitido al dictar el mencionado Auto; c) Fundamento, el acto administrativo deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, por lo que, con la simple lectura del Auto mencionado queda por demás demostrado que carece de fundamento; d) A tiempo de transcribir el art. 27 (Acto Administrativo) de la Ley de Procedimiento Administrativo, señala que la norma establece la diferencia en el alcance de los actos administrativos, reconociendo simplemente dos tipos, los de alcance general y los de alcance particular. Sobre el mismo punto, refirió que la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012, a la que se hace referencia en el Auto de 05/03/12, es un acto administrativo de alcance particular dictada dentro de una solicitud de Autorización Excepcional realizada exclusivamente por la Empresa Eléctrica Valle Hermoso S.A. (“EVH”) una persona jurídica de derecho privado distinta de COBEE, en consecuencia dicha resolución administrativa no es aplicable a COBEE ni puede establecer o suprimir derechos a favor de

COBEE, ni tampoco puede constituirse en causa o fundamento válido o suficiente para admitir o rechazar la petición realizada por COBEE en un trámite administrativo distinto y totalmente separado del de EVH.

3. Respecto a la nulidad de la RA 0707/2012. Arguye que la Autoridad Nacional de Hidrocarburos a tiempo de dictar la RA 0707/2012 incumplió el art. 28, inc. d) y art. 35 (Nulidad del Acto) de la Ley de Procedimiento Administrativo (transcribe ambos artículos), viciando de nulidad la misma, por lo que debe ser revocada totalmente.

a) La Autoridad Nacional de Hidrocarburos, en el numeral 1 del onceavo considerando, entre otras cosas, establece: “En cumplimiento a lo dispuesto por el D.S. 1132 de 8 de febrero de 2012, se emitió la Resolución Ministerial N° 037-2012 de 10 de febrero de 2012, mediante el cual se aprobó el “Reglamento para el otorgamiento de Autorizaciones Excepcionales para la Operación de Líneas Laterales, Líneas Ramales y Líneas de Acometida Especial para Empresas Generadoras de Electricidad”...(Sic). El art. 3 (Principios) del mencionado Reglamento dice: I. Las Líneas Laterales, Líneas Ramales y Líneas de Acometida Especial, salvo resolución específica y debidamente fundamentada por parte del Ente Regulador, no contemplarán una tarifa, ni pagaran tasa de regulación... Este artículo específica y en el caso concreto, que por regla general la Acometida Especial no contempla una tarifa, salvo un acto administrativo específico que así lo determine”.

b) Manifiesta, que el último párrafo transcrito demuestra la confusión existente en la Autoridad Nacional de Hidrocarburos respecto a la solicitud de COBEE de fijación de una tarifa para la utilización de la Línea Ramal de su propiedad por parte de la Empresa Eléctrica Valle Hermoso S.A., y que de la misma manera establece que “este artículo específica, que por regla general la acometida especial no contempla una tarifa, salvo un acto administrativo específico que así lo determine”, es decir, la Agencia Nacional de Hidrocarburos considera que COBEE solicitó la fijación de una tarifa para la Acometida Especial de la Empresa Eléctrica Valle Hermoso S.A. (EVH) y no como en realidad sucedió, que la solicitud de COBEE fue la de fijar una tarifa por la utilización de la Línea Ramal de su propiedad, este error sustancial ocasiona la indefensión de COBEE ya que la Agencia Nacional de Hidrocarburos no se ha pronunciado respecto a la petición concreta realizada por COBEE y además explica por sí mismo la razón por la cual la Agencia Nacional de Hidrocarburos considera que COBEE debió plantear un recurso contra la RA 0244/2012, que como se puede comprobar con su lectura, es resultado de la solicitud de EVH (Empresa Valle Hermoso) de la Autorización Excepcional de Operación de la Línea de Acometida Especial de su propiedad, es decir, la solicitud de operación de un ducto distinto a la Línea Ramal de propiedad de COBEE; en otras palabras, la RA 0244/2012 es resultado de la solicitud de una empresa distinta e independiente a COBEE y además de ello respecto a un ducto distinto a la Línea Ramal de propiedad de COBEE.

c) Señala que el mencionado artículo 3, coincidente con el art. 28 del D.S. N° 29018, establece que la Agencia Nacional de Hidrocarburos como Ente Regulador del sector de hidrocarburos es la

única facultada, a través de “una resolución específica y debidamente fundamentada”, para fijar una tarifa respecto de una Línea Lateral, Línea Ramal o Línea de Acometida Especial, en este caso la Agencia Nacional de Hidrocarburos, incumple flagrantemente el mandato legal establecido en la norma señalada, ya que hasta la fecha, ha rehuído sistemáticamente a emitir una resolución fundamentada en la que fije una tarifa o no la fije, fundamentando las razones y argumentos jurídicos para tal decisión, ignorando la petición realizada por COBEE en el Otrosí 1 del memorial de solicitud de Autorización Excepcional para la operación de la Línea Ramal de su propiedad.

d) Agrega que, una muestra más de la confusión existente en la Agencia Nacional de Hidrocarburos a momento de emitir la RA 0707/2012, es lo establecido en la parte dispositiva primera y tercera de la RA 0244/2012 que se encuentra en el numeral 1 del onceavo considerando de la RA 0707/2012 (transcribe la misma), cuyo contenido no contempló tarifa alguna, lo cual resulta lógico, ya que dicha resolución es el resultado de un trámite administrativo de la Empresa Valle Hermoso, solicitando la Autorización Excepcional para la operación de la Línea de Acometida Especial de su propiedad, una línea distinta a la Línea Ramal de propiedad de COBEE y a la solicitud de fijación de tarifa efectuada por COBEE recién en el Otrosí 1 del memorial de 27 de febrero de 2012, es decir con posterioridad al dictado de la RA 0244/2012, por ello se puede observar que ninguna de las resoluciones afecta los derechos subjetivos y/o intereses legítimos de COBEE, razón por la cual como bien lo señala la Agencia Nacional de Hidrocarburos, COBEE no presentó recurso alguno contra tal resolución administrativa.

e) Arguye que, en el mismo punto onceavo considerando la Agencia Nacional de Hidrocarburos señala: “La citada RA 0244/2012 fue legalmente notificada a COBEE,...(Sic). Por lo que si COBEE pretendía a su criterio que hubo una omisión en la no inclusión de alguna tarifa en la RA 0244/2012, esta debió pedir la complementación de la misma o interponer en su caso, los recursos franquados por ley... (Sic). En síntesis, a momento de la emisión de la RA 0244/2012, la ANH no ha contemplado la excepción establecida en el párrafo I del artículo 3 del mencionado Reglamento, no habiendo la recurrente solicitado complementación alguna ni interpuesto los recursos establecidos por ley, habiendo al presente la RA 0244/2012 causado estado”, respecto al párrafo transcrito, el demandante refiere que, la RA 0244/2012 en ninguna de sus partes establece que no existirá una tarifa por el uso de la Línea Ramal de COBEE ni se toca siquiera aspecto alguno relacionado con la tarifa, caso contrario COBEE hubiera hecho uso de los recursos que la ley le otorga para que se revoque tal resolución, y que de la misma manera el art. 28 del D.S. N° 29018 no establece un plazo o momento determinado para solicitar o para que la Agencia Nacional de Hidrocarburos de oficio fije una tarifa por la utilización de las Líneas Ramales, por lo que COBEE de acuerdo a ley tiene el derecho de solicitar la fijación de la tarifa cuando lo vea conveniente, resultando absurdo señalar que la solicitud de COBEE fue “extemporánea”, alega que esta es una prueba más de que la Agencia Nacional de Hidrocarburos a momento de dictar la RA 0707/2012 incumplió el procedimiento establecido.

f) Refiere que, una prueba contundente respecto a que la RA 0244/2012 no se encuentra siquiera relacionada a la solicitud de COBEE, radica en el hecho de que cuando COBEE solicito copias de los informes técnicos y económicos incluidos en la RA 0244/2012, a través del memorial presentado en fecha 05 de marzo de 2012, la ANH respondió que “COBEE deberá acreditar su derecho subjetivo e interés legítimo correspondiente” y solo concedió copia del informe legal que recomendaba dar plazo a COBEE para presentar su solicitud de autorización, y que esto demuestra, desde el punto de vista de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, que la RA 0244/2012 respecto a COBEE solo tenía efecto respecto a la apertura del plazo para que esta realice su solicitud por su cuenta. Lo señalado en este punto demuestra lo ilógico y contradictorio del argumento expresado mucho después o de forma extemporánea por la Agencia Nacional de Hidrocarburos respecto a que COBEE supuestamente debió impugnar la RA 0244/2012, es decir un acto administrativo que solo afecta a COBEE en cuanto a la apertura de un plazo para iniciar por su parte y de forma exclusiva una solicitud (y por tanto no es de carácter definitivo) y respecto del cual. la Agencia Nacional de Hidrocarburos se ha pronunciado respecto a que COBEE no tiene ningún interés legítimo respecto al resto de dicho trámite y dicha resolución. Esta contradicción es absurda e inaceptable, teniendo como único efecto legal, el dejar en estado de indefensión a COBEE; por una parte el regulador establece que no puede pedir informes técnicos al presumir que COBEE no tiene interés legítimo para ello y luego ante una petición independiente de COBEE señala que COBEE debió realizarla dentro del proceso que dio lugar a la resolución respecto de la cual se pronuncia expresamente señalando que COBEE no tiene interés legítimo demostrado para ello.

g) El demandante aduce que, la RA 0244/2012 en ninguna de sus partes establece aspecto alguno respecto a la fijación de una tarifa o la utilización gratuita de la Línea Ramal de propiedad de COBEE, que como es lógico, no fue parte de la petición o solicitud de la Empresa Valle Hermoso a momento de solicitar su Autorización Excepcional y que no es “criterio” de COBEE pretender que sea el Ente Regulador el que fije una tarifa por la utilización de la Línea Ramal de su propiedad, sino más bien dicha determinación constituye una facultad privativa de la Agencia Nacional de Hidrocarburos establecida por el D.S. N° 29018 y por lo tanto una obligación legalmente establecida, que de manera sistemática la Agencia Nacional de Hidrocarburos ilegalmente se niega a cumplir.

h) Manifiesta que, la Agencia Nacional de Hidrocarburos en el mismo considerando establece: “Ahora bien, seguramente COBEE advertido del su error, pretendió a momento de solicitar la Autorización Excepcional a través del Otrosí 1 del memorial de 27 de febrero de 2012, la fijación de tarifa, lo que no solo que resulta extemporáneo por lo expuesto precedentemente, sino que constituye un despropósito jurídico. De ahí que la solicitud citada tuvo como respuesta el Auto de 05 de marzo de 2012- que es objeto del recurso en cuestión- que dice: “ESTESE a lo dispuesto en la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012”, lo que no amerita mayores consideraciones de orden legal ”, señala que respecto al párrafo

transcrito se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones: No es aceptable que la Agencia Nacional de Hidrocarburos señale que el pedido de COBEE fue extemporáneo ya que la norma legal que establece la fijación de tarifas no establece ni el momento ni la oportunidad para realizar el pedido; no existe norma alguna que señale que dicha fijación de tarifa tenga relación alguna o esté vinculada con solicitudes de Autorizaciones Excepcionales, ni de parte de COBEE y menos de Empresa Valle Hermoso, son cosas totalmente separadas, toda vez que la solicitud de Empresa Valle Hermoso se limitó a la Autorización Excepcional para operar su Línea de Acometida Especial y en lo absoluto se refirió a la Línea Ramal de COBEE y que de la misma manera el memorial presentado por COBEE igualmente se trató únicamente de la autorización respecto a la Línea Ramal de su propiedad, en cuyo Otrosí 1 como solicitud separada, se ha pedido la fijación de una tarifa por la utilización de la Línea Ramal de propiedad de COBEE; solicitud que implícitamente ha sido rechazada mediante Auto de 05/03/2012, y por lo que en ese momento, COBEE ha hecho uso de los medios impugnatorios que por ley le asiste y que por lo tanto, no se puede hablar de extemporaneidad alguna.

i) Asimismo, señala que queda claro que COBEE, con el único fin de que se cumpla lo establecido por el art. 28 del D.S. N° 29018, pidió a la Agencia Nacional de Hidrocarburos con motivo de la solicitud de Autorización Excepcional de operación de dicha Línea, único trámite iniciado por COBEE relacionado a la Línea Ramal de su propiedad, fije una tarifa por la utilización de EVH de la Línea Ramal de su propiedad, a través de una resolución administrativa específica y debidamente fundamentada, solicitud amparada por la norma antes mencionada y por la Constitución Política del Estado, cuyo art. 24 reconoce el derecho de petición, respecto del cual, además, la ANH no observo el interés legal de COBEE.

j) Al finalizar, establece que de todo lo anteriormente expuesto se comprueba que la “respuesta” efectuada por la ANH a la solicitud de COBEE respecto a que la ANH fije una tarifa por la utilización de EVH de la Línea Ramal de propiedad de COBEE, es decir la frase “...ESTESE a lo dispuesto en la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012”, lo que no amerita mayores consideraciones de orden legal..”, no constituye desde el punto de vista jurídico un acto administrativo adecuado ni fundamentado para resolver y dar fin a la petición de COBEE.

4. Respecto a otros hechos que demuestran que la Agencia Nacional de Hidrocarburos prescindió del procedimiento legalmente establecido. Manifiesta que, en el numeral 2 del onceavo considerando de la RA 0707/2012 la Agencia Nacional de Hidrocarburos intenta justificar de manera bastante confusa y sin respaldo legal alguno, la razón por la cual, alejándose totalmente del procedimiento legalmente establecido “DESESTIMO” el recurso de revocatoria presentado por COBEE contra la RA 0707/2012, actuación que al alejarse del procedimiento ocasiona la nulidad de la mencionada resolución, como se pasa a demostrar:

a) Dentro del numeral 2 del onceavo considerando de la RA 0707/2012, la ANH establece: “La finalidad de los recursos es la de impugnar actos o disposiciones que se estiman contrarias a derecho, en

síntesis el recurso administrativo es un medio de impugnar la decisión definitiva de una autoridad administrativa, (Sic)”. Del análisis de la normativa citada precedentemente, se establece que el Auto de 5 de marzo de 2012 no tiene la calidad de resolución definitiva o su equivalente, en el entendido que el acto definitivo es el que decide sobre el fondo del asunto poniendo fin a un procedimiento administrativo y por tanto sujeto a impugnación, lo que no ha ocurrido en el presente caso de autos”. Señala que de la lectura de los párrafos transcritos se comprueba que la Agencia Nacional Hidrocarburos, en claro desconocimiento de la ley, incumplió el procedimiento administrativo al desestimar el recurso de revocatoria presentado por COBEE. Por otro lado, manifiesta que el parágrafo II del art. 89 (Resolución) del D.S. Nº 27172 Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE (transcribe el mismo), es claro al establecer que los recursos de revocatoria pueden ser desestimados, entre otras razones, por haber sido interpuesto contra una resolución preparatoria o de mero trámite que no produce indefensión ni impide la continuación del procedimiento. Aduce que en el presente caso, el Auto de 05/03/2012 no constituye una resolución preparatoria ni de mero trámite y a todas luces produce la indefensión de COBEE, impidiendo la continuación del procedimiento, es decir que la Agencia Nacional Hidrocarburos, mediante el “ESTESE” expresado en el acto administrativo observado pretende que se deje de lado definitivamente la petición de COBEE.

b) Indica que, el Tribunal Supremo podrá comprobar de la lectura del Otrosí 1 del memorial de Solicitud de Autorización Excepcional presentado a la Agencia Nacional Hidrocarburos, en fecha 27 de febrero de 2012 (transcribe en su integridad), que COBEE solicitó a la Agencia Nacional Hidrocarburos que en cumplimiento de una norma legal vigente, como única institución llamada por ley para ello, emita una resolución administrativa específica y debidamente fundamentada en la que fije una tarifa por la utilización por parte de EVH de la Línea Ramal de su propiedad, solicitud que debió obtener como “respuesta” una resolución administrativa que admita o rechace tal solicitud fundamentando necesariamente tal aceptación o rechazo. Contrariamente a lo establecido por la Ley, la ANH resuelve y pretende dar fin a la petición de COBEE sin ninguna argumentación a través del Auto de 05/03/2012 que establece: “...ESTESE a lo dispuesto en la Resolución Administrativa ANH Nº 0244/2012 de 16 de febrero de 2012”, lo que no amerita mayores condiciones de orden legal”. Expresa que, al no encontrarse fundamentada la respuesta de la Agencia Nacional Hidrocarburos a la solicitud de COBEE, supone que la misma constituye una denegación a dicha petición, lo cual desde el punto de vista jurídico constituye un acto administrativo definitivo o por lo menos de carácter equivalente que afecta, lesiona y causa perjuicio a los derechos subjetivos e intereses legítimos de COBEE y que impide la continuación del procedimiento iniciado con tal petición, y con la cual la ANH pretende darle fin a la misma, por ello sostiene que en aplicación del art. 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo, contra dicho acto administrativo procede el recurso de revocatoria, siendo obligación del ente regulador seguir el procedimiento y resolver tal recurso a través de una resolución administrativa fundamentada, puesto que no existe acto administrativo alguno, a parte

del Auto de 05/03/2012 que haya podido ser objeto de recurso administrativo por parte de COBEE y que negarle al peticionante la posibilidad de recurrir a dicho acto es como se ha demostrado violar su derecho de petición, dejándolo en estado de total indefensión.

c) Refiere que, además de lo anteriormente comprobado, la Agencia Nacional Hidrocarburos transgrede una vez más el procedimiento al desestimar el recurso de revocatoria presentado por COBEE, luego de haberlo admitido a través del Auto de 21 de marzo de 2012, que establece: "A LO PRINCIPAL.- Se admite el recurso de revocatoria interpuesto por la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A. Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE), presentado el 20 de marzo de 2012 contra el Auto de 5 de marzo de 2012, en cuanto hubiere lugar a derecho". Es por demás extraño que la ANH, en caso de considerar que el recurso de revocatoria interpuesto por COBEE no era procedente por haberse presentado contra un acto administrativo que sorpresivamente después califica de "no definitivo" no lo haya desestimado en su oportunidad, en vez de haberlo admitido para su resolución.

d) Por ultimo agrega que, al admitir el recurso de revocatoria, lo que debió hacer la Agencia Nacional Hidrocarburos, de acuerdo al procedimiento legalmente establecido, es entrar al análisis de fondo del recurso y en caso de considerar que el mismo no tenía suficiente base legal para revocar el Auto de 05/03/2012 debió rechazarlo y en ningún caso desestimarlos, de acuerdo a lo establecido en el inc. c) del parágrafo II del art. 89 del D.S. N° 27172.

1.2 Petitorio de la demanda.

En base a lo anteriormente señalado la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A. Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia ("COBEE") pide declarar probada la demanda y revocar la Resolución Ministerial R.J. N° 080/2012 de 25 de septiembre del 2012 emitida por el Ministerio de Hidrocarburos y Energía, así como la Resolución Administrativa ANH N° 0708/2012 de 11 de abril de 2012 y el Auto de 5 de marzo de 2012 emitidas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

II. CONTENIDO DE LA CONTESTACION.

2.1 Fundamentos de la contestación.

Admitida la demanda por decreto de 4 de enero de 2013 (fs. 54) y corrido traslado a Juan José Hernando Sosa Soruco, en representación del Ministerio de Hidrocarburos y Energía, éstos responde a la demanda (fs. 60 a 65 vta.), con los siguientes argumentos:

a) Respecto al alcance y el análisis realizado en la Resolución Ministerial N° 080/2012. Manifiesta que en el desarrollo del memorial de la demanda interpuesta, la parte actora equivocadamente ingresa a realizar una serie de cuestionamientos al fondo de la temática, básicamente, arguyendo la falta de pronunciamiento por parte de la Agencia Nacional Hidrocarburos, respecto a su solicitud de la emisión

de una Resolución Administrativa específica en la que determine la aplicación del Principio de Libre Acceso a la Línea Ramal de propiedad de COBEE, solicitud que fue atendida por parte del regulador, a través del Auto de 05/03/2012.

b) Aduce que, la Agencia Nacional Hidrocarburos desestimó el Recurso de Revocatoria interpuesto por COBEE, pues determinó que el Auto de 5 de marzo de 2012 sujeto a impugnación por parte de dicha empresa se constituía en un acto preparatorio o de mero trámite, en virtud a lo dispuesto por el art. 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo (transcribe el mismo).

c) Sostiene que, el control de legalidad realizado por el Ministerio como instancia jerárquica se circunscribió únicamente a establecer sí el criterio emitido por el regulador respecto a la calificación del Auto en cuestionamiento como preparatorio o de mero trámite y la correspondiente desestimación del recurso interpuesto fue o no correcto, de acuerdo a la disposición normativa transcrita en el párrafo que antecede.

d) Arguye que, corresponde remitirse al análisis realizado por el Ministerio en la resolución demandada, a saber: “(...) es necesario referirse a lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento para el Otorgamiento de Autorizaciones Excepcionales para la operación de Líneas Laterales, Líneas Ramales y Líneas de Acometida Especial para empresas generadoras de electricidad, aprobado por la Resolución Ministerial N° 037-2012, que establece; “Las Líneas Laterales, Líneas Ramales de Acometida Especial, salvo resolución específica y debidamente fundamentada por parte del ente regulador, no contemplaran una tarifa, no pagaran tasa de regulación”. Por otro lado, transcriben, el Artículo Tercero de la Resolución Administrativa ANH N° 244/2012 de 13 de febrero de 2012 que dispone: “La empresa COBEE en un plazo de 30 días hábiles administrativos a partir de su legal notificación con la presente Resolución, deberá solicitar la correspondiente Autorización Excepcional (Sic)”.

e) Aduce que, la norma transcrita otorga al regulador del sector de electricidad la potestad discrecional de fijar una tarifa como una salvedad a una regla establecida y que en el presente caso es evidente que el regulador no dispuso fijar una tarifa a favor de COBEE, aspecto que se puede evidenciar de la revisión de la Resolución Administrativa ANH N° 244/2012 de 16 de febrero de 2012, en su artículo tercero, en la que el regulador no aplico la salvedad contenida en el artículo 3 del Reglamento para el Otorgamiento de Autorizaciones Excepcionales para la operación de Líneas Laterales, Líneas Ramales y Líneas de Acometida Especial para empresas generadoras de electricidad, aprobado por la Resolución Ministerial N° 037-2012.

f) Refiere que, por los aspectos señalados en el marco de la doctrina desarrollada y la normativa aplicable al caso, no se evidencia que el Auto de 5 de marzo de 2012 constituya un acto administrativo definitivo o acto preparatorio equivalente a acto definitivo para fundar su impugnación, por cuanto no se ha demostrado

que dicho acto determine la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión al recurrente.

g) Sostiene que, de acuerdo al análisis realizado por el Ministerio en apego a la doctrina administrativa, los precedentes administrativos y sobretodo el marco normativo aplicable al caso, el Ministerio concluyó que el Auto de 5 de marzo de 2012 es un acto administrativo preparatorio o de mero trámite, que no puso en estado de indefensión a COBEE, consecuentemente no se constituye un acto sujeto a impugnación.

h) Considera que, habiéndose determinado que el Auto impugnado no se constituye en una medida sujeta impugnación mal hubiera actuado esa instancia en etapa recursiva ingresando al análisis del fondo de los agravios expuestos por el entonces recurrente, limitándose - como se refirió- el control de legalidad únicamente a determinar si la desestimación del recurso interpuesto y análisis realizado para ello por el regulador se apegó al marco normativo vigente.

i) Arguye que, de la simple lectura del memorial por el cual COBEE interpuso su demanda, se constata que nuevamente en forma reiterativa y forzada, erradamente realiza una argumentación sobre la supuesta falta de pronunciamiento y fundamentación en el Auto de 5 de marzo de 2012, cuando su razonamiento lógicamente debería encontrarse dirigido a argumentar si dicho Auto se constituye o no en un acto definitivo o de mero trámite.

j) Refiere que, al parecer el objeto de la interposición de la presente demanda por parte de COBEE se funda en intentar corregir su error y su falta de diligencia, al no haber interpuesto los recursos administrativos conforme al procedimiento vigente contra la Resolución N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012, acto administrativo definitivo, notificado y de conocimiento de dicha empresa, por el cual se autorizó a Valle Hermoso la conexión de la línea SENKATA-COBEE de propiedad de COBEE, ahora firme y estable en sede administrativa y convalidado por la demandante.

2.2 Petición de la contestación.

En base a los argumentos indicados anteriormente el Ministerio de Hidrocarburos y Energía pide declare improbada la demanda contenciosa administrativa interpuesta por la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A. Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE).

CONFLICTO JURIDICO, ANALISIS Y RESOLUCIÓN.

Que, de la compulsas de los datos del proceso, se desprende que los objetos de controversia, se circunscriben a los siguientes aspectos:

1. Si el Auto de 05/03/12 se encuentra o no viciado de nulidad al carecer de causa y fundamento.

2. Si la RA 0707/2012 está viciada o no de nulidad al existir confusión en ésta al incluir en la RA 0244/2012 y que la solicitud de COBEE no es extemporánea.

3. Si la Agencia Nacional de Hidrocarburos al emitir la RA 0707/2012 prescindió del procedimiento legalmente establecido al desestimar el Recurso de COBEE.

4. Si el Auto de 05/03/2012 no constituye una resolución preparatoria ni de mero trámite y a todas luces produce la indefensión de COBEE.

Que, una vez analizado el contenido de los actos y Resoluciones Administrativas y los argumentos y defensas formuladas por las partes en la presente controversia, el Tribunal Supremo de Justicia, procede a resolver el fondo de la causa, en los siguientes términos:

1. Sobre el primer punto de controversia referido a: “Si el Auto de 05/03/12 se encuentra o no viciado de nulidad al carecer de causa y fundamento”, se deben realizar las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

a) Para resolver la controversia planteada se hace necesario revisar la sucesión de actuaciones administrativas realizadas en sede administrativa, con ese objetivo se tiene: 1) La Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012 que dispone por una parte, otorgar a la Empresa Valle Hermoso S.A., la Autorización excepcional de Operación de Línea de Acometida Especial y Autorizar la Conexión de esta línea al Gasoducto Ramal SENKATA-COBEE a objeto de permitir el suministro de gas natural a la Planta Termoeléctrica El Alto a ser operada por la Empresa Valle Hermoso y por otra, otorga un plazo de 30 días hábiles a partir de la legal notificación a la Empresa COBEE para solicitar la correspondiente Autorización Excepcional conforme lo dispone el Reglamento para el otorgamiento de Autorizaciones Excepcionales para la Operación de Líneas Laterales, Líneas Ramales y Líneas de Acometida Especial para empresas Generadoras de Electricidad aprobado mediante Resolución Ministerial N° 037-2012 de 10 de febrero de 2012; 2) El 28 de febrero de 2012, la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE), solicita entre otros aspectos a la Agencia Nacional de Hidrocarburos la Autorización Excepcional y en el Otrosí 1, una contraprestación justa por permitir el uso por parte de la Empresa Valle Hermoso S.A. de la Línea Ramal de su propiedad para el abastecimiento de gas natural a su nueva planta termoeléctrica; 3) En fecha 2 de marzo, se emite el Auto que dispone que de manera previa a la Autorización Excepcional, en el plazo de 5 días administrativos a partir de la notificación con el presente auto, se debía completar información, detallando la información requerida; 3) En fecha 6 de marzo, la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE) presenta un memorial en donde se da respuesta, al Auto de 2 de marzo de 2012 y solicita se otorgue a COBEE la Autorización Excepcional con la misma celeridad y flexibilidad otorgada a la Empresa Eléctrica Valle Hermoso; 4) En fecha 6 de marzo de 2012 la

Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE) presenta memorial donde adjunta información y en el Otrosí pide fotocopias legalizadas del Informe Técnico DEF 0032/2012 INF e Informe Legal INF 0228/2012 ambos de 15 de febrero de 2012 e Informe Técnico DTD 0056/2012 INF de 16 de febrero de 2012; 6) Con fecha 5 de marzo de 2012, se emite un Auto de la Agencia Nacional de Hidrocarburos que dispone: “Con relación a la solicitud de referencia, bajo el argumento de que es necesaria una contraprestación justa por permitir el uso por parte de Valle Hermoso de la Línea ramal de propiedad de COBEE, para el abastecimiento de gas natural a su nueva planta termoeléctrica; ESTESE a lo dispuesto en la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012”; 7) En fecha 12 de marzo de 2012, se emite la Resolución Administrativa ANH N° 0417/2012 de 12 de marzo de 2012 que dispone fundamentalmente: “Otorga a la empresa la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.(COBEE), la autorización Excepcional de Operación de la Línea Ramal SENKATA- COBEE, que se extiende desde el Punto de Medición SENKATA (City Gate) en instalaciones de YPFB Transporte S.A. hasta la Planta de Generación Termoeléctrica “El Kenko - COBEE” que es operada por la empresa la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., con el propósito de suministrar energía eléctrica al SIN...”; 8) En fecha 13 de marzo del 2012, la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.(COBEE), presenta memorial pidiendo aclaración y complementación del auto de 5 de marzo de 2012; 9) En fecha 19 de marzo de 2012, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, mediante auto, niega la complementación y enmienda al Auto de 5 de marzo de 2012 presentado por la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.(COBEE); 10) en fecha 20 de marzo de 2012, la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.(COBEE), presenta recurso de revocatoria contra el auto de 5 de marzo de 2012; 11) Mediante Resolución Administrativa ANH N° 0707/2012 de 11 de abril de 2012 se desestima el recurso de revocatoria de la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.(COBEE) contra el Auto de 5 de marzo de 2012; 12) En fecha 15 de mayo del 2012, la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.(COBEE) presenta recurso de jerárquico; y 13) Mediante Resolución Ministerial RJ N° 080/2012 de 25 de septiembre de 2012 se rechaza el Recurso Jerárquico interpuesto por la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.(COBEE).

b) Del examen de las actuaciones realizadas en sede administrativa se tiene que el presente punto de controversia deriva de la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012 que dispuso, por una parte, otorgar a la Empresa Valle Hermoso S.A., la Autorización excepcional de Operación de Línea de Acometida Especial y Autorizar la Conexión de esta línea al Gasoducto Ramal SENKATA-COBEE a objeto de permitir el suministro de gas natural a la Planta Termoeléctrica El Alto a ser operada por la Valle Hermoso y por otra, otorga un plazo de 30 días hábiles a partir de la legal notificación a la Empresa COBEE para solicitar la correspondiente Autorización Excepcional conforme lo dispone el Reglamento para el otorgamiento de Autorizaciones Excepcionales para la Operación de Líneas Laterales, Líneas Ramales y líneas de Acometida Especial para empresas Generadoras de Electricidad aprobado mediante Resolución Ministerial N° 037-2012 de 10 de febrero de 2012 y luego pasado el tiempo de poder impugnar la anterior resolución (10 días conforme a lo

dispuesto en el art. 86 del D.S. 27172), en fecha 28 de febrero de 2012, la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE), interpone un memorial solicitando entre otros aspectos a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la Autorización Excepcional y en el Otrosí 1, una contraprestación justa por permitir el uso por parte de la Empresa Valle Hermoso S.A. de la Línea Ramal de su propiedad para el abastecimiento de gas natural a su nueva planta termoeléctrica, como respuesta a la solicitud del Otrosí 1, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en el Auto 5 de marzo de 2012, responde negativamente y se remite a la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012, al señalar ESTESE, por último, a este último Auto, se interpone el recurso de revocatoria y luego el recurso jerárquico.

c) En el caso de autos es inexcusable referirse a la doctrina de los actos consentidos que propone que se tiene como consentido el acto que no se impugnó por el medio establecido por la ley, ya que si no se hizo uso de los recursos llamados por ley para manifestar la inconformidad con éste, posteriormente no se puede impugnar el acto puesto que ya no se producen los efectos jurídicos tendientes a revocar, confirmar o modificar el acto reclamado, lo que significa consentimiento del mismo por falta de impugnación eficaz, la jurisprudencia constitucional señala lo mismo al indicar: “...una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo. Con esto quiere ponerse de relieve que el titular de un derecho fundamental no es la sociedad ni el Estado sino el individuo; por tanto, se trata de un derecho disponible. Conforme a esto, la persona que ha podido sufrir una vulneración a algún derecho fundamental, atendiendo a razones particulares, puede consentir de manera expresa la lesión o amenaza a esos derechos, o simplemente adoptar una posición pasiva, consistente en no acudir a la tutela jurisdiccional...” (Sentencia Constitucional N° 1345/2011-R de 30 de septiembre de 2011).

d) En el presente caso, conforme a la relación de actuaciones administrativas se tiene que el Auto de 5 de marzo de 2012, determina ESTESE a lo dispuesto en la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012 y luego es impugnado mediante recurso de revocatoria por la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE), es decir se trata de una impugnación posterior a la que debía realizar contra la resolución principal en este caso la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012, donde se debería haber resuelto favorablemente o negado, la pretensión de contraprestación para permitir el uso por parte de la Empresa Valle Hermoso S.A. de la Línea Ramal de su propiedad para el abastecimiento de gas natural a su nueva planta termoeléctrica, por lo que en conclusión se trata de un acto consentido por Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE, al no impugnar Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012 y que luego posteriormente pretende que se dé respuesta a la contraprestación solicita para usar la Línea Ramal para el abastecimiento de gas natural a la Empresa Valle Hermoso S.A. , por

consiguiente, no puede alegar el demandante, que se encuentra viciado de nulidad al carecer de causa y fundamento.

2. Sobre el segundo objeto de controversia referido a: “Si la RA 0707/2012 está viciada o no de nulidad al existir confusión en ésta al incluir a la RA 0244/2012 y que la solicitud de COBEE no es extemporánea”, se debe efectuar el siguiente análisis:

a) De una revisión de la RA 0707/2012 de 11 de abril de 2012 emitida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, evidentemente hace referencia RA 0244/2012, sin embargo lo hace para fundamentar su fallo al señalar: “Por lo que si COBEE pretendía a su criterio que hubo una omisión en la no inclusión de alguna tarifa en la RA 0244/2012, esta debió pedir la complementación de la misma o interponer en su caso, los recursos franqueados por ley, este es el escenario razonable y jurídico que debió desenvolverse la recurrente si acaso consideraba que se le estaban vulnerando sus derechos. Sin embargo y conforme consta en obrados, COBEE no solicitó ni la complementación de la citada RA 0244/2012 ni hizo uso de los recursos establecidos por ley, lo que denota una clara manifestación de conformidad y aceptación con dicho acto administrativo, el mismo que no incluye tarifa alguna”.

b) En el caso de autos como se ha expresado anteriormente, la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A., Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE), pretende con una solicitud posterior modificar la Resolución Administrativa ANH N° 0244/2012 de 16 de febrero de 2012 (que disponía por una parte, otorgar a la Empresa Valle Hermoso S.A., la Autorización excepcional de Operación de Línea de Acometida Especial y Autorizar la Conexión de esta línea al Gasoducto Ramal SENKATA-COBEE y por otra, otorga un plazo de 30 días hábiles a partir de la legal notificación a la Empresa COBEE para solicitar la correspondiente Autorización Excepcional), de tal forma que la inclusión de la RA 0244/2012 para fundamentar la RA 0707/2012 de 11 de abril de 2012 (Resolución de Recurso de Revocatoria) emitida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, no puede ser considerada como causal de nulidad y a pesar de que el Auto de 5 de marzo de 2012, es independiente, al ser posterior a la RA 0244/2012, la petición ulterior de la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A. de contraprestación para usar la Línea Ramal para el abastecimiento de gas natural a la Empresa Valle Hermoso S.A., se interponía fuera de la RA 0244/2012, cuando esta ya había causado estado y no se podía modificar.

c) En conclusión, la inclusión en la RA 0707/2012 de 11 de abril de 2012 de la RA 0244/2012 como parte del fundamento no puede ser considerada como viciada de nulidad y había causado estado y no se podía modificar con una solicitud posterior.

3. Con relación al tercer objeto de controversia referido a: “Si la Agencia Nacional de Hidrocarburos al emitir la RA 0707/2012 prescindió del procedimiento legalmente establecido al desestimar el Recurso de COBEE”, se debe realizar el siguiente examen:

a) En el presente caso se debe revisar el art. 89.II del D.S. 27172 que dispone: "II. El Recurso de Revocatoria será resuelto de la siguiente manera: a) Desestimándolo cuando no existiere nulidad absoluta y se hubiese interpuesto fuera de término o por un recurrente no legitimado; o no cumpla con los requisitos esenciales de forma exigidos; o hubiese sido interpuesto contra una resolución preparatoria o de mero trámite que no produce indefensión ni impide la continuación del procedimiento; o la materia del recurso no esté dentro del ámbito de su competencia; o b) Aceptándolo, revocando total o parcialmente el acto administrativo impugnado en caso de nulidad; o, subsanando sus vicios o revocándola total o parcialmente en caso de anulabilidad; o c) Rechazando el recurso, confirmando en todas sus partes el acto administrativo impugnado".

b) En el caso de autos, la RA 0707/2012 de 11 de abril de 2012 desestimo el recurso de revocatoria por considerarlo que era un acto no definitivo, sin embargo, este al cortar procedimiento si era impugnabile y por ello la propia RA 0707/2012 hace referencia a la RA 0244/2012 que es la que origina el presente conflicto jurídico y es uno de los fundamentos para la desestimación del recurso de revocatoria, que debió ser rechazada, sin embargo al no ser causal de nulidad el fallar por desestimar o rechazar el recurso de revocatoria, se niega la pretensión de la parte demandante de que se prescindió del procedimiento.

4. Sobre el cuarto objeto de controversia referido a: "Si el Auto de 05/03/2012 no constituye una resolución preparatoria ni de mero trámite y a todas luces produce la indefensión de COBEE", se debe realizar el siguiente análisis:

a) En acápite 2 se ha señalado que el auto de 5 de marzo de 2012, al cortar procedimiento si era impugnabile y por ello la propia RA 0707/2012 hace referencia a la RA 0244/2012 que es la que origina el presente conflicto jurídico y es uno de los fundamentos para la desestimación del recurso de revocatoria, sin embargo esta no causo indefensión porque pudo ser impugnada por el demandante y la indefensión conforme a la jurisprudencia constitucional, es el total desconocimiento del proceso contra una persona natural o jurídica, por lo que no se puede alegar indefensión, la Sentencia Constitucional N° 1357/2003- R de 18 de septiembre de 2003,3 sobre la indefensión indica: "...Que, de la cita jurisprudencial referida, queda establecido de manera inobjetable que la indefensión en proceso, sólo puede ser denunciada y dada por cierta cuando se establece que la parte procesada no ha tenido conocimiento alguno del proceso seguido en su contra, de modo que no podrá alegarse aquélla cuando tuvo conocimiento material de la existencia del proceso e incluso intervino en él presentando memoriales y formulando peticiones inherentes a su defensa...".

b)
POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia de conformidad al art. 6 de la Ley N° 620 y los arts. 778 y 781 del Código de Procedimiento Civil DECLARA IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fs. 44 a 50, interpuesta por la Compañía Boliviana de Energía Eléctrica S.A.

Bolivian Power Company Limited Sucursal Bolivia (COBEE) representado por René Sergio Pereira Sánchez contra el Ministerio de Hidrocarburos y Energía y en consecuencia queda firme y subsistente la Resolución Ministerial R.J. N° 080/2012 de 25 de septiembre del 2012, emitida por el Ministerio de Hidrocarburos y Energía.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este tribunal por la autoridad demandada.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Fdo. Pastor Segundo Mamani Villca
PRESIDENTE

Fdo. Jorge Isaac von Borries Méndez
DECANO

Fdo. Rómulo Calle Mamani
MAGISTRADO

Fdo. Antonio Guido Campero Segovia
MAGISTRADO

Fdo. Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano
MAGISTRADO

Fdo. Rita Susana Nava Durán
MAGISTRADA

Fdo. Norka Natalia Mercado Guzmán
MAGISTRADA

Fdo. Maritza Suntura Juaniquina
MAGISTRADA

Fdo. Fidel Marcos Tordoya Rivas
MAGISTRADO

Fdo. Sandra Magaly Mendivil Bejarano
Secretaria de Sala
Sala Plena