



RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 420

La Paz, 07 DIC 2015

VISTOS: el recurso jerárquico planteado por Carlos Agramont Salinas en representación de la Empresa Ferroviaria Andina S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 122/2015, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes - ATT.

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

1. A través de Nota GG/020/2015 de 13 de enero de 2015, la Empresa Ferroviaria Andina S.A. solicitó a la ATT compensación por la operación del ramal ferroviario Sucre – Potosí, por las gestiones 2011, 2012 y 2013 (fojas 97).

2. Mediante Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA-TR LP 48/2015 de 20 de marzo de 2015, la ATT rechazó la solicitud de compensación económica presentada por la empresa Ferroviaria Andina S.A. a través de la Nota GG/020/2015 de 13 de enero de 2015, de conformidad a lo recomendado en el Informe Técnico ATT-DTR-INF TEC LP 47/2015 y la normativa descrita en el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Público Ferroviario de Carga, Pasajeros y Equipaje otorgada a favor de la señalada empresa. Tal determinación fue asumida en función a lo siguiente (fojas 74 a 82):

i) La solicitud de compensación requerida por la Empresa Ferroviaria Andina S.A. es improcedente porque no se encuadra en el procedimiento establecido en el Contrato de Concesión.

ii) De la revisión del Contrato de Concesión se advierte que la Empresa Ferroviaria Andina S.A. realizó sus solicitudes de compensación, haciendo caso omiso de lo establecido en el referido contrato, incumpliendo con el procedimiento respectivo, por lo que no corresponde atender la solicitud del operador.

iii) El artículo 4 del Decreto Supremo Nº 26786 referido a la compensación fue derogado por el Decreto Supremo Nº 27031, por lo que se evidencia que la solicitud de compensación no es procedente, advirtiéndose que por determinación del artículo 4 del mencionado Decreto Supremo Nº 27031, la rehabilitación de la vía será asumida por la Empresa Ferroviaria Andina S.A. a su cuenta y riesgo.

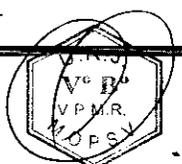
iv) La Empresa Ferroviaria Andina S.A. incluye el costo por mantenimiento de vía, el cual es de obligación y responsabilidad del operador, conforme establece el Contrato de Concesión.

v) En función a lo referido corresponde el rechazo de la solicitud de compensación planteada por la Empresa Ferroviaria Andina S.A. por no adecuarse a los procedimientos establecidos y por incluir el mantenimiento de vías en sus solicitudes contraviniendo lo contractualmente pactado.

3. Verificada la notificación con la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 48/2015, mediante memorial de 7 de abril de 2015 Carlos Agramont Salinas en representación de la Empresa Ferroviaria Andina S.A. formuló recurso de revocatoria en contra de la mencionada resolución, expresando lo siguiente (fojas 70 a 72):

i) El Contrato de Concesión de la Empresa Ferroviaria Andina S.A. reconoce el derecho del operador a la compensación por la diferencia entre los ingresos derivados de la efectiva prestación del servicio y los costos que el mismo genere.

ii) En esa línea se destaca que el inciso d) de la cláusula octava del Contrato de





Concesión establece que el Superintendente de Transportes podrá requerir la prestación de servicios de transporte de pasajeros necesarios por razones económicas, sociales o de otro tipo acordando con el concesionario las condiciones para la prestación de tales servicios, las características de los mismos y, en su caso las correspondientes compensaciones de acuerdo a lo establecido en el numeral 9.2, inciso c) del Contrato de Concesión, destacándose que el servicio cuya compensación se solicita fue prestado en forma continua desde la instrucción emitida por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo N° 27031 de 8 de mayo de 2003.

iii) El contrato establece claramente que el mantenimiento de los bienes (incluida la vía) debe hacerse en función al uso económico que se le da.

iv) La doctrina determina que si el ordenamiento jurídico atribuye a la administración la potestad de introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado en los contratos administrativos, puede razonablemente ejercer este poder dentro del marco del ordenamiento y a condición de que no se altere la finalidad del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la correspondiente compensación económica necesaria para mantener el equilibrio financiero del contrato.

v) La Empresa Ferroviaria Andina S.A. solicitó al ente regulador la compensación por las gestiones 2011, 2012 y 2013, adjuntando toda la documentación de respaldo necesaria, incluyendo como lo prevé el contrato, el detalle de los vehículos que ejecutaron el transporte y el cálculo demostrativo de las compensaciones pretendidas.

vi) Considerando que el regulador no se pronunció sobre la procedencia de la compensación requerida en el plazo de 30 días conforme a lo contractualmente establecido, su silencio se reputa como "favorable a lo requerido".

vii) El Informe ATT-DTR-INF TEC LP 47/2015 que fundamenta la emisión de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA-TR LP 48/2015 de 20 de marzo de 2015, fue emitido fuera del plazo contractualmente definido y no fue puesto en conocimiento de la Empresa Ferroviaria Andina S.A., con lo que se vulneró la garantía del debido proceso, destacándose que el cómputo de la compensación solicitada por la prestación del servicio debiera favorecer al operador.

4. A través de Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 122/2015 de 2 de junio de 2015, la ATT rechazó el recurso de revocatoria interpuesto por la Empresa Ferroviaria Andina S.A. en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 48/2015 confirmando totalmente el acto administrativo recurrido. Tal determinación fue asumida en función a lo siguiente (fojas 5 a 15):

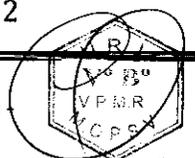
i) La Empresa Ferroviaria Andina S.A. ha estado realizando sus solicitudes de compensación sin haber presentado de manera formal la interrupción de sus operaciones debido a la no rentabilidad de su operación lo que invalidó su derecho a compensación.

ii) El mantenimiento de la vía no está sujeto a ningún tipo de compensación durante la vigencia del contrato independientemente de que se esté prestando el servicio o no y en caso de que la vía esté bajo régimen de compensación, el mantenimiento debe ser realizado siempre a costa del concesionario.

iii) El Decreto Supremo N° 26786 de 13 de septiembre de 2002, no es prueba suficiente para otorgar compensaciones debido a que la Empresa Ferroviaria Andina S.A. omite o desconoce el Decreto Supremo N° 27031 de 8 de mayo de 2003.

iv) Para que la pretensión del administrado pueda ser estudiada y asentada por el ente regulador, previamente debe cumplirse con los requisitos pre existentes, establecidos contractualmente, los cuales no fueron cumplidos por el recurrente.

5. Verificada la notificación con la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR





LP 122/2015 en fecha 14 de julio de 2015, el día 30 de julio de 2015, Carlos Agramont Salinas en representación de la Empresa Ferroviaria Andina S.A. presentó recurso jerárquico contra el señalado acto administrativo en el que manifestó lo siguiente (fojas 1 a 3):

i) Si bien el mantenimiento de la vía es de responsabilidad de la empresa, la cláusula 9.2 inciso c) del Contrato de Concesión establece que si el Poder Ejecutivo requiere la prestación de uno o más servicios adicionales y si se comprueba que los ingresos provenientes de la prestación del servicio de transporte de pasajeros no permiten al concesionario cubrir los costos del mencionado servicio, el concesionario tendrá derecho a una compensación por la diferencia entre los ingresos derivados de la efectiva prestación de tal servicio y los costos que el mismo genere, destacándose que uno de los costos más importantes y significativos de la operación ferroviaria es el mantenimiento de la vía.

ii) Al respecto se aclara que cuando el Contrato de Concesión reconoce la compensación en aquellos servicios deficitarios, hace mención a los costos generales de la operación ferroviaria, incluyendo obviamente el costo de mantenimiento de la vía.

iii) En función a lo referido, la Empresa Ferroviaria Andina S.A. solicitó compensaciones por las gestiones 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 las cuales fueron reconocidas por el ente regulador, no obstante lo cual a través de Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR 0089/2012, sin tener competencia para ello resuelve revocar las "Resoluciones Administrativas Regulatorias SC-STR-DS-RA 0002/2006, SC-STR-DS-RA 0280/2006, SC-STR-DS-RA 0280/2007, SC-STR-DS-RA 380/2008 y la Resolución Administrativa Regulatoria TR N° 0112/2009".

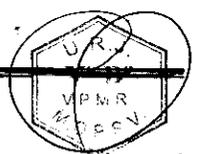
iv) El contrato establece claramente que el mantenimiento de los bienes (incluida la vía) debe hacerse en función al uso económico que se le da. Al respecto, la doctrina establece que si el ordenamiento jurídico atribuye a la administración la potestad de introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado en los contratos administrativos, puede razonablemente ejercer este poder, dentro del marco del ordenamiento y a condición de que no se altere la finalidad del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica necesaria para mantener el equilibrio financiero del contrato.

v) En cuanto al procedimiento de aprobación de compensación la Empresa Ferroviaria Andina S.A. solicitó al ente regulador la compensación por las gestiones 2011, 2012 y 2013, adjuntando toda la documentación de respaldo necesaria, incluyendo como lo prevé el contrato, el detalle de los vehículos que ejecutaron el transporte y el cálculo demostrativo de las compensaciones pretendidas.

vi) Conforme a la Cláusula Novena, punto 9,5 inciso c) del Contrato de Concesión, el regulador debió revisar el monto de la compensación pretendida, debiendo manifestarse sobre su aprobación dentro de los 30 días de la presentación de la solicitud, reputándose su silencio como favorable a lo requerido.

vii) En cuanto a que el operador contaría con la facultad de solicitar la suspensión del servicio, cabe precisar que en el caso en controversia el servicio fue impuesto por el Poder Ejecutivo mediante el dictado de un Decreto Supremo.

viii) En el Contrato de Concesión, cláusula novena, se reconoce el derecho del operador a la compensación por la diferencia entre los ingresos derivados de la efectiva prestación del servicio y los costos que el mismo genere, destacándose que el inciso d) de la cláusula octava del referido contrato establece que el Superintendente de Transportes podrá requerir la prestación de servicios de transporte de pasajeros necesarios por razones económicas, sociales o de otro tipo acordando con el concesionario las condiciones para la prestación de tales servicios, las características de los mismos y, en su caso las correspondientes compensaciones de acuerdo a lo establecido en el numeral





9.2, inciso c), de lo cual se concluye que el regulador debió pronunciarse expresamente respecto al monto de la compensación solicitada por las gestiones 2011, 2012 y 2013 luego de revisar toda la documentación contable presentada, situación que no se produjo dado que el ente regulador se limitó a expresar en una carta que no procede la compensación solicitada.

ix) El incumplimiento al procedimiento y a los plazos contractualmente establecidos por parte del regulador vulneran los derechos de la Empresa Ferroviaria Andina S.A. como operador del servicio, destacándose que la empresa sí cumplió con el procedimiento establecido por el Contrato de Concesión para el reconocimiento de la compensación por la prestación del servicio de pasajeros entre Sucre y Potosí.

6. Mediante Auto RJ/AR-039/2015 de 11 de agosto de 2015, este Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda radicó el recurso jerárquico interpuesto por Carlos Agramont Salinas en representación de la Empresa Ferroviaria Andina S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 122/2015 (fojas 115).

CONSIDERANDO: que a través de Informe Jurídico MOPSV/DGAJ N° 1184/2015 de 7 de diciembre de 2015, 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 desestime el recurso jerárquico interpuesto por Carlos Agramont Salinas en representación de la Empresa Ferroviaria Andina S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 122/2015, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes al haber sido interpuesto en forma extemporánea incumpliendo lo establecido en el parágrafo II del artículo 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

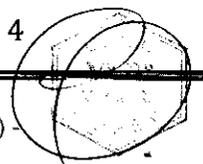
CONSIDERANDO: que analizados los antecedentes del recurso jerárquico motivo de autos y lo expuesto en el Informe Jurídico MOPSV/DGAJ N° 1184/2015, se tienen las siguientes conclusiones:

1. El parágrafo I del artículo 21 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que los términos y plazos para la tramitación de los procesos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados; a su vez, el parágrafo II del citado artículo señala que los términos y plazos comenzarán a correr a partir del día siguiente hábil a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto y concluyen al final de la última hora del día de su vencimiento.

2. Por otra parte, el parágrafo II del artículo 66 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, dispone que el recurso jerárquico se interpondrá ante la misma autoridad administrativa competente para resolver el recurso de revocatoria, dentro del plazo de 10 días siguientes a su notificación.

3. Asimismo, el inciso a) del parágrafo II del artículo 91 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, aprobado por el Decreto Supremo N° 27172, señala que el recurso jerárquico será resuelto desestimándolo cuando no existiere nulidad absoluta y hubiese sido 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 que previamente no fue impugnada mediante recurso de revocatoria; no cumple con los requisitos formales esenciales exigidos; o la materia del recurso no esté dentro del ámbito de su competencia.

4. El parágrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo dispone que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio; los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible; los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente





establecido; los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y, cualquier otro establecido expresamente por ley.

5. Considerando los antecedentes normativos citados, en primer lugar, corresponde efectuar el siguiente análisis en relación a la interposición de un recurso jerárquico fuera del término establecido; así, se tiene que el recurso como medio de impugnación cuenta con un procedimiento administrativo que debe ser cumplido, pues de lo contrario se quebrantarían las reglas establecidas; en tal sentido, es esencial que en dicho procedimiento exista disciplina y orden. Adicionalmente, si bien la noción de Estado de Derecho excluye por completo la arbitrariedad dentro de la Administración Pública, también debe excluir la anarquía dentro de ella, así que si hay normas que regulan el procedimiento de un recurso, deben cumplirse y ser obedecidas por todos los involucrados en el proceso, no siendo, por tanto, admisible que los recursos que, según la norma, deben interponerse en un momento determinado, lo sean en un momento distinto, pues ello implicaría desorden y determinaría que las relaciones entre la Administración y los ciudadanos se tornen inseguras. Por lo expuesto, el recurso jerárquico necesariamente debe ser presentado en los plazos previstos en la normativa, en sujeción al procedimiento y requisitos esenciales correspondientes, de modo que todo recurso que incumpla tales condiciones debe ser desestimado.

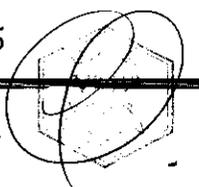
6. En el caso en concreto, al ser aplicable la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y sus disposiciones reglamentarias, el recurso jerárquico debió ser interpuesto dentro del plazo de 10 días siguientes a la notificación con la resolución que resolvió el recurso de revocatoria.

En tal contexto, debe decirse que según cursa a fojas 4 del expediente, la constancia de notificación efectuada permite establecer que la Empresa Ferroviaria Andina S.A. fue notificada con la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 122/2015 el 14 de julio de 2015, aspecto admitido por el recurrente en la primera hoja del memorial de interposición del recurso jerárquico en contra de la citada resolución, cursante a fojas 1 del expediente, por lo que el plazo de 10 días para la presentación del recurso jerárquico, establecido normativamente, venció el 29 de julio de 2015; por tanto, al haber sido planteado el día 30 de julio de 2015, corresponde desestimarlo por haber sido interpuesto en forma extemporánea.

7. Es necesario recordar el carácter preclusivo de los términos para la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico concebidos como plazos de caducidad, de manera que si éstos no se interponen dentro del plazo legalmente establecido se pierde la posibilidad de hacerlo en el futuro. Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional manifestó en su Sentencia Constitucional 0852/2010-R de 10 de agosto de 2010, haciendo referencia a la Sentencia Constitucional 1157/2003-R de 15 de agosto de 2003, que: "por principio general del derecho ningún actor procesal puede pretender que el órgano jurisdiccional esté a su disposición en forma indefinida, sino que sólo podrá estarlo dentro de un tiempo razonable, pues también es importante señalar que si en ese tiempo el agraviado no presenta ningún reclamo implica que no tiene interés alguno en que sus derechos y garantías le sean restituidos".

Se debe dejar expresamente establecido que, de acuerdo a jurisprudencia constitucional, no se produce indefensión si la situación en la que el procesado se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o que le sea imputable por falta de la necesaria diligencia.

8. Por otra parte, de la verificación del expediente del caso se ha establecido que no existe ninguna de las causales de nulidad establecidas por el párrafo I del artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concluyéndose que confluyen las condiciones determinadas por el inciso a) del párrafo II del artículo 91 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27172, que dispone que el recurso jerárquico será resuelto desestimándolo cuando no existiere nulidad absoluta y hubiese sido interpuesto fuera de término, como sucedió en el presente caso.





9. En consideración a todo lo expuesto y evidenciándose que no corresponde ingresar en el análisis de los temas de fondo planteados por la Empresa Ferroviaria Andina S.A. dada la extemporánea presentación del recurso jerárquico, en el marco del inciso b) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 0071 y del inciso a) del párrafo II del artículo 91 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27172 corresponde desestimar el recurso jerárquico interpuesto por Carlos Agramont Salinas en representación de la Empresa Ferroviaria Andina S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 122/2015, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes al haber sido interpuesto en forma extemporánea incumpliendo lo establecido en el párrafo II del artículo 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

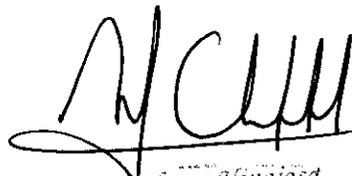
POR TANTO:

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

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar el recurso jerárquico interpuesto por Carlos Agramont Salinas en representación de la Empresa Ferroviaria Andina S.A., en contra de la Resolución Administrativa Regulatoria ATT-DJ-RA TR LP 122/2015, emitida por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes al haber sido interpuesto en forma extemporánea incumpliendo lo establecido en el párrafo II del artículo 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Comuníquese, regístrese y archívese.


Milion Carlos Hinojosa
MINISTRO
Min. Obras Públicas, Servicios y Vivienda

