

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

RESOLUCION ADMINISTRATIVA RARR-ANH-DJ No. 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La Resolución Ministerial R.J. N° 076/2015 de 3 de agosto de 2015 (RJ 076/2015); el recurso de revocatoria interpuesto por YPFB Transierra S.A. (YPFB Transierra) en contra de la Resolución Administrativa ANH N° 1876/2014 de 17 de julio de 2014 (RA 1876/2014), emitida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), sus antecedentes, las leyes y preceptos legales cuya contravención se acusa, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa ANH N° 1876/2014 de fecha 17 de julio de 2014, la Agencia Nacional de Hidrocarburos aprobó el Presupuesto Ejecutado correspondiente a la gestión 2005 de YPFB Transierra.

Que YPFB Transierra el 16 de septiembre de 2014 presentó recurso de revocatoria en contra de RA 1876/2014, en consecuencia la ANH mediante Resolución Administrativa ANH N° 3234/2014 de 03 de diciembre de 2014 (RA 3234/2014) aceptó parcialmente el mismo.

Que en mérito al recurso Jerárquico planteado por YPFB Transierra el Ministerio de Hidrocarburos y Energía (MHE) mediante Resolución Ministerial R.J. N° 076/2015 de 3 de agosto de 2015 (RJ 076/2015) revocó parcialmente la Resolución Administrativa ANH N° 3234/2014 de 03 de diciembre de 2014 únicamente en lo que refiere a los puntos "Base Tarifaria", "Gastos Financieros" y respecto a la "insuficiencia de información o documentación de respaldo como razón para efectuar un recorte (en las cuentas: Mantenimiento de Derecho de Vía, Servicios de Administración y Finanzas, Asesoría Legal, Consultoría, Capex, Personal Temporal, Publicaciones y Provisiones)". Asimismo, instruye a la ANH emitir una nueva resolución adecuándose a los criterios expuestos en la instancia jerárquica.

CONSIDERANDO:

Que entrando al análisis de los elementos substanciales, los argumentos principales expuestos por YPFB Transierra en el recurso de revocatoria, se analizan a continuación los siguientes aspectos jurídicos fundamentales.

Cabe puntualizar que en cumplimiento de la RJ 076/2015 la presente impugnación en contra de la RA 1876/2014 únicamente se circunscribe a los puntos "Base Tarifaria", "Gastos Financieros" y respecto a la "insuficiencia de información o documentación de respaldo como razón para efectuar un recorte (en las cuentas: Mantenimiento de Derecho de Vía, Servicios de Administración y Finanzas, Asesoría Legal, Consultoría, Capex, Personal Temporal, Publicaciones y Provisiones)", en tanto el alcance de la revocatoria parcial establecida en dicha resolución jerárquica implica únicamente lo concerniente a dichos aspectos en la aprobación del Presupuesto Ejecutado Gestión 2005 de YPFB Transierra, habiendo dejado firmes y subsistentes en sede administrativa las demás disposiciones de la RA 3234/2014 y consecuentemente de la RA 1876/2014.

En consecuencia, el presente análisis de los agravios invocados por YPFB Transierra en su recurso de revocatoria respecto a los citados puntos, se realizará en el mismo orden de

Página, 1/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

consideración y análisis expresado por el Ministerio en RJ 076/2015, no ameritando mayores consideraciones a cualquier otra argumentación.

1. Con relación a la Base Tarifaria.

➤ Análisis del MHE contenido en la R.J. N° 076/2015

Sobre este punto, la controversia planteada por la recurrente con relación a los argumentos del regulador radica en la exigencia expresada por YPFB Transierra de realizar una evaluación y fiscalización de las inversiones ejecutadas como base tarifaria en los presupuestos ejecutados anuales. De acuerdo a lo expresado por el regulador, la aprobación de la base tarifaria en la resolución de otorgación de la concesión y la firmeza de dichos actos adquirida en sede administrativa por la no impugnación oportuna de los mismos, impediría al regulador revisar, a través del recurso de revocatoria sobre presupuestos ejecutados, actos que han causado estado.

Al respecto, es importante considerar la naturaleza de los actos y procedimientos tarifarios objeto del presente procedimiento y, sobre esa base, analizar los argumentos expuestos tanto por el regulador como por la recurrente.

Así, el marco normativo para la actividad de transporte de hidrocarburos por ductos, desde la Ley N° 1689 a la Ley N° 3058 de Hidrocarburos vigente, estableció los principios para la aprobación de las tarifas de esta actividad, disponiendo que las tarifas aprobadas por el regulador debe permitir al concesionario percibir ingresos suficientes para cubrir sus costos operativos, impuestos, depreciaciones y costos financieros, y obtener una rentabilidad razonable sobre su patrimonio neto.

El Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos aprobado por Decreto Supremo N° 26116, contiene previsiones que permiten comprender el funcionamiento del modelo tarifario aplicado a la actividad de transporte de hidrocarburos por ductos. De esta forma, dicho reglamento regula el procedimiento de aprobación de presupuestos programados y ejecutados, así como de las revisiones tarifarias.

Respecto de los modelos empleados para remunerar a las empresas reguladas, la doctrina en derecho administrativo y económico convienen en afirmar que uno de los aspectos clave de la regulación de servicios públicos es la relativa al régimen de precios o tarifas. Según Gaspar Ariño¹ existe un acuerdo prácticamente unánime sobre qué costos deben repercutirse en la tarifa, contrariamente a lo que ocurre con las metodologías y modalidades de cálculo de las mismas, en la que dicho acuerdo es más complejo.

Según el citado autor, uno de los principios tradicionales de tarificación consiste en que las tarifas de un servicio público deben corresponder a sus costos reales, lo que significa que el conjunto de ingresos procedentes del mismo deben cubrir el conjunto de los costos razonables que sean necesarios para producirlo. Afirma de igual forma que dichos costos deben ser depurados y ajustados, pues no todo costo debe ser considerado bueno por la autoridad administrativa a la hora de reflejarlo en la tarifa; debe llevarse a cabo un previo análisis y en su caso depuración de los costos auditados.

La regulación por tasa de retorno opera sobre la base de la estimación de costes operativos y de capital realizada por la empresa y posteriormente es evaluada y aprobada por el regulador². De acuerdo a la doctrina desarrollada sobre la materia y la normativa sectorial aplicable, el modelo de regulación tarifaria por tasa de retorno mediante flujo de caja, como una de metodologías usuales de tarificación en servicios públicos, opera mediante el

¹ "Principios de Derecho Público Económico", de Gaspar Ariño, ARA Editores, Lima, Perú, 2004, Pág. 594.

² "Derecho de la Regulación Económica, Fundamentos e Instituciones de la Regulación", de Santiago Muñoz Machado, Edit. Iustel, Madrid-España, 2009, Pág. 733.

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

cálculo de una tarifa aprobada por el regulador que permite alcanzar una tasa de retorno razonable al concesionario, sobre la base de una serie de datos proyectados en el futuro (costos, inversiones, ingresos, etc.) y que son evaluados posteriormente para obtener datos ejecutados y de esta forma permitir una revisión de las tarifas.

El funcionamiento óptimo del modelo de regulación tarifaria por tasa de retorno requiere de una evaluación adecuada de los datos observados en periodos transcurridos respecto de los proyectados en el flujo de caja para efectuar los ajustes que sean necesarios en la revisión tarifaria.

Sobre la base de estas precisiones conceptuales respecto al funcionamiento del modelo tarifario aplicable a la actividad de transporte de hidrocarburos por ductos corresponde analizar los argumentos expuestos por la recurrente y por el regulador.

Así, se tiene que el fundamento empleado por el regulador para confirmar la resolución recurrida respecto a este punto radicó en la firmeza y estabilidad que adquirió la Resolución Administrativa SSDH N° 656/2001 que aprobó la Base Tarifaria en razón a su no impugnación. Revisada dicha resolución se puede apreciar que la misma tiene por objeto otorgar a Transierra S.A. una concesión administrativa para la construcción y operación de un gasoducto. El artículo cuarto de dicha resolución señala que los montos de inversión, costos y otros aspectos financieros del proyecto cursan en el "Anexo III" de dicha resolución.

Por Auto de 25 de octubre de 2002 se rectifica el "Anexo III" en sus fojas 0598, 0599, 0600 y 0601. Estas fojas contienen el Informe DEF 0163/2001 de 28 de agosto de 2001 de la Dirección Económica Financiera de la ex Superintendencia de Hidrocarburos, en la que, luego de evaluar la propuesta presentada por Transierra S.A. el ente regulador realiza los ajustes elaborando un cuadro comparativo y la hoja de cálculo tarifario correspondiente. De acuerdo a este cuadro, el regulador aprobó una inversión estimada del gasoducto Yacuiba – Río Grande de MUS\$. 301.648.

En este sentido, en consistencia con el modelo de regulación tarifaria por tasa de retorno mediante flujo de caja, la base tarifaria aprobada por el regulador a través de la Resolución Administrativa SSDH N° 656/2001 consistió en la aprobación de una estimación de inversión, al igual que muchos datos que conforman el flujo de caja proyectado por 20 años. La firmeza y estabilidad que adquiere un acto administrativo al no ser impugnado oportunamente, está limitada al objeto de dicho acto administrativo, es decir, a la decisión de la autoridad administrativa de aprobar un "presupuesto" de inversión inicial que, de acuerdo a los antecedentes del presente trámite, no se encuentra en cuestionamiento por parte de la recurrente. Sin embargo, la estabilidad de dicho acto no supone que el monto de las inversiones "estimadas" sean consideradas como ejecutadas, puesto que la evaluación de la racionalidad y prudencia de las inversiones ejecutadas corresponde al regulador, quien debe decidir –a través de otro acto administrativo– qué monto de inversión ejecutada es racional y prudente, previa evaluación y fiscalización de inversiones reales.

Esta fiscalización de inversiones ejecutadas es importante, ya que el valor de las inversiones reales realizadas, es una de las condiciones para obtener una tarifa eficiente acorde con una rentabilidad que permita a la empresa alcanzar su costo de capital. En los antecedentes del expediente administrativo, y en las argumentaciones realizadas por la recurrente y por el regulador, no se tiene evidencia de que se haya realizado una auditoria a las inversiones de la base tarifaria.

A ello debe sumarse que la recurrente ha cuestionado la utilización del valor de las inversiones consideradas en la depreciación, puesto que en su criterio el cálculo de la depreciación acumulada debiera considerar el monto de inversión inicial ejecutada en lugar de la inversión inicial proyectada. Al respecto, en lo referente a la relación entre base tarifaria y depreciación, al establecer la ANH, dentro del presupuesto ejecutado, valores de depreciación consistentes con un valor de inversión inicial de \$us 301.648.000, asume este

Página, 3/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

valor como una cifra definitiva, lo cual no es coherente con lo afirmado en párrafos precedentes, puesto que dicho monto constituye una estimación de inversión inicial. Contrariamente, debe existir consistencia entre los valores aprobados como ejecutados de la depreciación, y la inversión de la cual se derivan dichos valores.

En este sentido, de acuerdo al artículo 28, literal e) y artículo 30, literal a) de la ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con lo dispuesto con el artículo 63, parágrafo II de la referida norma, la motivación constituye un elemento esencial de los actos administrativos, y en materia de recursos administrativos, la resolución que resuelva los mismos debe pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por los recurrentes.

Evaluados los argumentos de la recurrente y los fundamentos expresados por el regulador, puede evidenciarse que el argumento de la ANH referido a la estabilidad de la Resolución Administrativa SSDH N° 656/2001 para afirmar la imposibilidad de evaluar la racionalidad de las inversiones iniciales (base tarifaria) es inaplicable a la controversia y agravios expuestos por la recurrente. Asimismo, se evidencia que no existe pronunciamiento expreso sobre el requerimiento de la recurrente de la necesidad de procederse a una evaluación y fiscalización de las inversiones iniciales ejecutadas por la concesionaria, ni de la oportunidad de su realización, aspecto que vulnera el derecho a la motivación.

En este sentido, corresponde revocar parcialmente la Resolución que resolvió el recurso de revocatoria y se emita nueva resolución en la que se evalúe y se pronuncie sobre los argumentos expuestos por la recurrente con la debida motivación técnica, económica y legal que corresponda.

- **Argumento esgrimido por YPFB Transierra en su recurso de revocatoria respecto a la Base Tarifaria.-**

Monto aprobado ANH: US\$301.648.000

La ANH, en la Resolución ahora impugnada, omite pronunciarse expresamente respecto a la base tarifaria, pese a que la misma estaba comprendida, por un lado, en el alcance de las auditorías practicadas por la Empresa Consul Sistem Asociados SRL (contratada por la ANH) a los presupuestos ejecutados de las gestiones 2003 a 2006, específicamente en el numeral a. del alcance de auditoría, definido por la ANH, que determinaba: Evaluar y revisar la base tarifaria de YPFB Transierra, tomando como referencia el modelo tarifario aprobado y por otro lado, también se encontraba reflejada en el Anexo A de cada uno de los Informes Económicos Financieros correspondientes a las gestiones 2003 a 2006 que fueron remitidos a YPFB Transierra mediante nota ANH 5880 DEF 0239/2010 CAR de 16 de agosto de 2010, los mismos exponían observaciones a los gastos asociados a la construcción del GASYRG y la Estación de Compresión de Villamontes -en adelante "ECV"- Informes que merecieron el correspondiente descargo de YPFB Transierra mediante nota TSR-323 GG 037/10 de 6 septiembre de 2010.

Conforme lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos y el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos -en adelante "RTHD", vigente en las gestiones auditadas, existen principios y previsiones a ser adoptados para asegurar la equidad, competitividad y razonabilidad de las tarifas aplicables a la concesión, entre las que se destacan las siguientes:

- Las tarifas para el transporte de hidrocarburos por ductos deberán ser aprobadas por el Regulador de manera que permita "...a los concesionarios, bajo una administración racional y prudente, percibir los ingresos suficientes para cubrir sus gastos operativos, impuestos, con excepción del Impuesto a la Remisión de

Página, 4/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

Utilidades al Exterior, depreciaciones y costos financieros y obtener una tasa de retorno adecuada y razonable sobre su patrimonio neto,..."

Por su parte, el RTHD en esta materia dispone lo siguiente:

- Artículo 4 del RTHD - D.S 26116: Tarifa Base (TB).- Es la tarifa de transporte, basada en la metodología tarifaria de Flujo de Caja, que será aplicada al transporte de gas natural tanto en el mercado interno como el mercado de exportación, en el Periodo Post-transitorio, la misma que deberá ser aprobada por la Superintendencia. Esta tarifa permite al Concesionario, bajo una administración racional y prudente, percibir los ingresos suficientes para cubrir todas sus inversiones, gastos operativos, costos financieros, impuestos, con excepción del Impuesto a la Remisión de Utilidades al Exterior, y obtener una tasa de retorno adecuada y razonable sobre su patrimonio neto.
- Artículo 6 del RTHD D.S 26116 inciso q): Realizar auditorías externas técnicas, económicas y financieras a los Concesionarios, a fin de evaluar y determinar los costos óptimos para la prestación del servicio.
- Artículo 21 del RTHD D.S 26116: La construcción de los ductos por parte del concesionario será fiscalizada por la Superintendencia desde su inicio hasta la puesta en marcha, vigilando el cumplimiento del cronograma de trabajo, las normas técnicas y de seguridad debiendo en la fase final otorgar la respectiva licencia de operación. La fiscalización estará sujeta a tasas establecidas por la Superintendencia.
- Artículo 46 del RTHD D.S 26116: Realizar una auditoría externa técnica, económica y financiera del concesionario objeto de la revisión tarifaria. Esta auditoría deberá realizarla una empresa especializada de prestigio internacional.
- Artículo 64 del RTHD D.S 26116, inciso b) Los concesionarios demostrarán ante la Superintendencia que las inversiones y costos de operación estimados reflejan condiciones competitivas de libre mercado, bajo una administración racional y prudente.
- Artículo 91 del RTHD D.S 26116: En cumplimiento del artículo 34 de la Ley, la Superintendencia podrá fiscalizar las operaciones del concesionario mediante auditorías operativas periódicas para evaluar el rendimiento de la concesión, antes de finalizados los cuatro años especificados en el artículo 47 de este reglamento. Asimismo la Superintendencia podrá requerir auditorías internas y externas anuales sobre los estados financieros y presupuestos del concesionario.

Considerando los principios y previsiones citadas, así como disposiciones específicas del RTHD referidas a deberes formales, YPFB Transierra cumplió con el mandato de presentar Informes Mensuales que exponen el estado de avance físico del proyecto y ponen a consideración la ejecución presupuestaria, durante la fase de construcción del GASARG.

Estos informes corroboran las previsiones contenidas en el memorial presentado por YPFB Transierra en agosto de 2001, y alertan - de forma oportuna — sobre niveles de ejecuciones presupuestarias superiores a las estimadas por la entonces Superintendencia de Hidrocarburos —en adelante "SH"- en la base tarifaria aprobada. En paralelo, se cursaron notas oficiales en las que se presentan tanto explicaciones y justificaciones expresamente solicitadas por la entonces SH, como consultas de YPFB Transierra respecto al proceso de revisión tarifaria que corresponde aplicar para corregir y ajustar las subvaluaciones en la base tarifaria vigente.

Página, 5/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

A continuación se presenta, la relación de cartas intercambiadas entre la entonces SH y YPFB Transierra con referencia a este tema (Anexo 3):

- 021128.TSR-CT-857.02
- 020820.TSR-CT-509.02
- 021206.SH7767DEF0602.02
- 021119.SH7282DEF0564.02
- 021112.SH6976DEF0551.02
- 020709.SH4250DEF0314.02
- 030425.TSR-GG-131.03
- 030717.SH4391DEF0342.03
- 030403.SH2512DEF0176.
- 040305.SH1248DTD0272.04
- 040408.SH1825DTD0351.04
- 040428.TSR-GG-084.04
- 040625.SH3329DEF0349.04

El importe de US\$301.648.000 que corresponde a la base tarifaria inicial fue aprobado por el Regulador en la Resolución Administrativa SSDH N° 656/2001 que tiene por objeto la otorgación de la concesión. Dicha aprobación incluye un flujo de caja con proyecciones de 20 años que fueron la base de cálculo de la tarifa de transporte inicial que de acuerdo a la normativa regulatoria, debe ser revisada cada cuatro años.

Al respecto, el Artículo 80 del RTHD D.S 26116 establece que: En la revisión de las tarifas de acuerdo a los artículos indicados, el concesionario deberá recalcular su flujo de caja para cada período remanente en base a las nuevas estimaciones sobre costos y volúmenes anticipados, considerando la experiencia obtenida en los años anteriores, incluyendo el flujo de caja efectivamente obtenido por el concesionario desde el inicio del período total del flujo de caja (subrayado nuestro).

En virtud de lo expuesto, YPFB Transierra impugna, mediante el presente Recurso, la presunción de aprobación de la base tarifaria de US\$301.648.000 por parte del Regulador, toda vez que dicho monto fue estimado en oportunidad de la otorgación de la concesión; debiendo el ente Regulador pronunciarse en una nueva Resolución Administrativa sobre el análisis de las inversiones ejecutadas en la construcción del GASARG y la ECV que fue realizado por la Empresa Consult Sistem con base en los registros contables, facturas e informes específicos que fueron preparados por YPFB Transierra relacionados con las inversiones ejecutadas citadas de conformidad al Artículo 64 del RTHD D.S 26116.

➤ Análisis ANH

Al respecto, corresponde la revisión de la RA 1876/2014 de instancia que aprobó el Presupuesto Ejecutado de la Gestión 2005 de YPFB Transierra, a partir de la cual se puede establecer que es evidente la omisión acusada por la empresa recurrente, en el sentido que no existe ningún punto donde se desarrollen los fundamentos del regulador respecto a la Base Tarifaria en el acto administrativo de instancia. Por lo que no se han hecho explícitas las razones de hecho y/o de derecho que motive la decisión de la ANH respecto al tema de la Base Tarifaria.

Por lo que, siendo la motivación o fundamentación del acto administrativo uno de los componentes de la garantía del debido proceso, que se encuentran recogidas adecuadamente en las previsiones normativas de los artículo 28 inciso b), artículo 30 inciso d) de la Ley 2341 y artículo 8 del Reglamento a la Ley 2341 aprobado con D.S. N° 27172 antes citados, se tiene que por mandato de dichas disposiciones legales el acto administrativo RA 1876/2014 de instancia debió ser debidamente motivado, de manera que

Página, 6/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

permita conocer las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión de la Administración, para así permitir al administrado el más irrestricto ejercicio de su derecho a defensa.

El Ministerio de Hidrocarburos y Energía mediante RJ 076/2015 instruyó emitir una nueva resolución bajo los criterios de legitimidad expresados en dicha resolución y respecto a este punto expresó: *"la motivación constituye un elemento esencial de los actos administrativos, y en materia de recursos administrativos, la resolución que resuelva los mismos debe pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por los recurrentes"*. Precisamente por ello para poder emitir un nuevo pronunciamiento que además considere los criterios de legitimidad establecidos por esa instancia jerárquica.

Por lo que ante la observada carencia de motivación de la RA 1876/2014, esta instancia del recurso de revocatoria no se encuentra en la posibilidad de analizar y responder los agravios invocados por la recurrente, bajo los criterios establecidos por el MHE en la RJ 076/2015, en cuanto a la "Base Tarifaria", siendo necesaria la revocatoria parcial de la referida Resolución respecto a la "Base Tarifaria". Debiendo la ANH emitir nuevo acto administrativo que cumpla con los criterios de legalidad establecidos en la presente resolución y la R.J N° 076/2015.

2. Con relación a los Gastos Financieros.

➤ Análisis emitido por el MHE contenido en RJ 076/2015

Con relación a este argumento, la controversia entre el regulador y la recurrente surge como consecuencia de la incorporación de los costos financieros en el cuadro de presupuesto ejecutado de Transierra, que en criterio de la recurrente no corresponde el ajuste ni aprobación de dichos montos, ya que los mismos son calculados de forma teórica con base en la tasa de interés del 10.86% aprobada por el regulador que se aplica a la porción de deuda que corresponde al 60% de la base tarifaria.

Por su parte, el regulador expresa en la resolución del recurso de revocatoria que dentro del análisis expuesto en lo concerniente a Gastos Financieros, la ANH no efectúa ninguna aprobación, razón por la cual se la expone fuera del OPEX, y que dicha información será considerada a momento de la revisión tarifaria.

Al respecto, revisada la resolución de instancia en la que se aprueba el presupuesto ejecutado, se puede evidenciar que en el cuadro resumen del presupuesto aprobado por el regulador se encuentra un ítem correspondiente a Gastos Financieros, en el que se encuentra tres columnas. En la primera columna se encuentra el monto ejecutado por Transierra, en la segunda el monto correspondiente a los ajustes realizados por la ANH, y en la tercera columna se encuentra el presupuesto aprobado por el regulador.

Consecuentemente, la afirmación del regulador contenida en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria (que no se efectúa ninguna aprobación) no es consistente con la información contenida en la resolución de instancia, en la que se afirma la aprobación de un presupuesto de Transierra que incluye el ítem de Gastos Financieros que, además, contiene ajustes realizados por la ANH, incongruencia que requiere sea aclarada o corregida por el regulador a efecto de atender la pretensión formulada por la empresa recurrente.

En este sentido, en virtud a lo establecido en el artículo 28, literal e) y artículo 30, literal a) de la ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con lo dispuesto con el artículo 63, parágrafo II de la referida norma, que dispone que la motivación constituye un elemento esencial de los actos administrativos, y en materia de recursos administrativos, la resolución que resuelva los mismos debe pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por los recurrentes, corresponde revocar parcialmente la Resolución que resolvió el recurso de

Página, 7/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

revocatoria y se emita nueva resolución en la que se evalúe y se pronuncie sobre los argumentos expuestos por la recurrente con la debida motivación técnica, económica y legal que corresponda.

➤ **Argumento planteado por YPFB Transierra en su recurso de revocatoria respecto a Gastos Financieros.-**

Conforme la normativa, los gastos financieros son calculados de forma teórica con base en la tasa de interés aprobada por el regulador en oportunidad otorgar la concesión del GASURG mediante Resolución Administrativa SS D H N° 656/2001. La tasa de interés aprobada fue de 10.86% y se aplica sobre la porción de deuda que corresponde al 60% de la base tarifaria. En tal sentido, YPFB Transierra considera que la ANH no debe aprobar un importe por concepto de gastos financieros como parte del total del gasto aprobado.

➤ **Análisis ANH**

Al respecto, corresponde la revisión de la RA 1876/2014 de instancia que aprobó el Presupuesto Ejecutado de la Gestión 2005 de YPFB Transierra, a partir de la cual se puede establecer que respecto a los Gastos Financieros contiene un cuadro en el cual se reporta que la empresa habría ejecutado \$us20.188.033, se observa Ajustes de Auditoria coincidentes con el dato de Ajustes ANH en un valor de 1.311.164 y en la columna final de "Presupuesto Aprobado" 21.499.197. En los párrafos siguientes especifica que los gastos financieros consisten en intereses por préstamos de socios, gastos y comisiones bancarias sobre las cuales la Auditoría no habría observado nada, así también por intereses por endeudamiento. Finalmente expresa "La Ejecución por gastos financieros de acuerdo al informe de auditoría es de \$us21.499.197", monto que coincide con el consignado en el cuadro mencionado en cuya última columna expresa "Presupuesto Aprobado".

Por la revisión de la RA 1876/2014 se puede establecer que no existen otras consideraciones o expresiones de fundamento que justifiquen lo asumido por la ANH, por lo que se tiene que no se han hecho explícitas las razones de hecho y/o de derecho que motiven la decisión de la ANH respecto al tema.

El Decreto Supremo N° 26116 en su artículo 44 párrafo II respecto a la presentación del presupuesto ejecutado, determina que "el concesionario presentará a la Superintendencia el presupuesto de nuevas inversiones de capital y los costos de operación" y que "el ente regulador deberá aprobar un presupuesto razonable y prudente de manera fundada...". Por lo que siendo el objeto de la RA 1876/2014 el aprobar el presupuesto ejecutado de la gestión 2005, se entiende que las cuentas consideradas e insertas en su tenor son objeto de aprobación, por lo que si acaso tuviere otro propósito la consideración de estos datos y ajustes realizados por la ANH respecto a los gastos financieros, debería estar explícito de tal manera que se establezca con plena certeza.

Por lo que ante la observada carencia de motivación de la RA 1876/2014, esta instancia del recurso de revocatoria no se encuentra en la posibilidad de analizar y responder los agravios invocados por la recurrente, bajo los criterios establecidos por el MHE en la RJ 076/2015, en cuanto a "Gastos Financieros", siendo necesaria la revocatoria parcial de la referida Resolución de instancia respecto a "Gastos Financieros". Debiendo la ANH emitir nuevo acto administrativo que cumpla con los criterios de legalidad establecidos en la presente resolución y la R.J N° 076/2015.

3. Con relación a la insuficiencia de información o documentación de respaldo como razón para efectuar un recorte.

➤ **Análisis emitido por el MHE contenido en RJ 076/2015**

Página, 8/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

Uno de los argumentos que la empresa YPFB Transierra expresa de forma recurrente para varias cuentas, está referido a la supuesta inexistencia o insuficiencia de la documentación o información que respalde la ejecución de los gastos, utilizados como argumento por la ANH para efectuar el recorte.

Al respecto, y efectuada la revisión de la Resolución Administrativa RA 3234/2014 de 3 de diciembre de 2014, las cuentas correspondientes a:

- Mantenimiento de Vía
- Servicios de Administración y Finanzas
- Asesoría Legal
- Consultoría
- Capex
- Personal Temporal
- Publicaciones
- Provisiones

Dichas cuentas, sostuvo el regulador no cuentan con documentación o la misma no es suficiente para respaldar el gasto supuestamente ejecutado

Sobre la base de estos argumentos, la empresa recurrente expresó su desacuerdo en el Recurso Jerárquico, manifestando principalmente que el detalle de gastos fue presentado en oportunidad de la Auditoria Regulatoria, solicitando a la Autoridad Jerárquica, evaluar los argumentos presentados en consideración a que el gasto reclamado es necesario para la actividad regulada.

Al respecto, de los argumentos expresados tanto por la empresa recurrente como por la ANH, esta instancia jerárquica considera lo siguiente:

El cuestionamiento sobre la base material en la que se funda o debe fundarse la resolución del ente regulador para valorar su racionalidad y prudencia, consistente en la insuficiencia de documentación o información, constituye aspecto fundamental para la resolución de este recurso jerárquico.

Así se tiene que, el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 26116, y concretamente el procedimiento de revisión y aprobación del presupuesto ejecutado, descrito en el artículo 44, párrafo II, literal b) del Decreto Supremo N° 26116, le atribuye vital importancia a la obtención de toda la información y documentación de respaldo de los gastos efectuados por el concesionario en la administración y operación de las concesiones, en el entendido de que con la documentación real de ejecución de gastos, la aprobación de la tarifa será lo más eficiente y equitativa, conforme lo prescribe el artículo 64, literal a) del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos. Para tal efecto, la citada normativa, por una parte, otorga al ente regulador amplias facultades para la obtención de la información, con la posibilidad de conminar al concesionario a subsanar y/o complementar la información, e inclusive de aplicar penalidades señaladas en el propio Reglamento, y por otra, el literal b) del referido artículo 64, establece la carga de la prueba al concesionario para demostrar que las inversiones y costos de operación reflejan condiciones competitivas de libre mercado.

Efectuada la revisión de los antecedentes, se pudo evidenciar que el ente regulador, luego de recibir el presupuesto ejecutado correspondiente a la gestión 2005, efectuó observaciones y requirió a la empresa información y documentación complementaria, observándose un intercambio de notas y actuaciones administrativas tendientes a aclarar la ejecución de los gastos, la que luego sería presentada a la empresa auditoria para procederse a la auditoria regulatoria.

Página, 9/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

De acuerdo a lo establecido por el artículo 44 del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, la responsabilidad de la aprobación del presupuesto ejecutado es del ente regulador, para lo que debe realizar una auditoría externa, técnica, económica y financiera del concesionario objeto de la revisión tarifaria, constituyéndose esta auditoría en un elemento para la toma de decisiones por parte del ente regulador.

En este sentido, la aprobación del informe de auditoría por parte del ente regulador, tiene como necesaria implicación la aceptación de sus resultados, en términos de cumplimiento de obligaciones contractuales de la empresa auditora, más no de vinculatoriedad con la opinión sobre la racionalidad y prudencia del gasto. Esto, a su vez implica la aceptación del logro de los alcances del servicio contratado por parte de la entidad contratante, entre ellos, la revisión y evaluación de toda la documentación de respaldo de los gastos realizados, aspecto para la que fue contratada.

Independientemente del acuerdo o desacuerdo con el proceso y las conclusiones de la auditoría, el ente regulador no puede eximirse de su responsabilidad de determinar la racionalidad y prudencia de los gastos efectuados en la ejecución del presupuesto de inversión y operación por el concesionario. En todo caso, un eventual desacuerdo con los resultados de la auditoría, concretado en el desconocimiento de los procesos de revisión de documentación de respaldo de gastos, no podría ir en perjuicio del concesionario, a menos que la falta de esta revisión documental sea atribuible a dicho concesionario, por negativa de presentación de documentación, por incumplimiento a instrucciones y requerimientos concretos de información y documentación, u otras causas que imposibiliten tanto a la empresa auditora como al ente regulador, efectuar la revisión y evaluación de los documentos que acreditan la ejecución de gastos.

En el presente caso, la empresa auditora revisó y valoró o debió revisar y valorar toda la documentación necesaria para el cumplimiento de los objetivos económicos y financieros de la auditoría, aspecto que se tiene por cumplido, en función a la aprobación del informe final de auditoría, aclarando que ello no alcanza al juicio de racionalidad y prudencia efectuado por la empresa auditora. Bajo este razonamiento, el ente regulador no podría sostener la inexistencia de información y documentación de respaldo, ya que, teóricamente, dicha información fue presentada y revisada por la empresa auditora, salvo que su inexistencia o insuficiencia hubiese sido expresamente observada por ésta y la misma hubiere sido atribuible al concesionario.

En este marco, la no vinculatoriedad de la opinión de la auditoría está referida esencialmente a la aplicación del juicio de racionalidad y prudencia del gasto, pudiendo el ente regulador apartarse de esta opinión. A tal efecto, dicha divergencia debe ser expresada sobre la misma base material (documental) que motivo la opinión inicial del auditor, o siendo esta inexistente o insuficiente, en la información y documentación adicional que hubiera sido expresamente requerida por el ente regulador al concesionario, dentro del periodo de tiempo comprendido entre la recepción del informe de auditoría y la emisión de la resolución administrativa de aprobación de presupuesto. Sin embargo, de la revisión de los antecedentes y de las pruebas cursantes en el expediente, no se tiene evidencia de que el ente regulador haya solicitado documentación o información adicional al concesionario para fundar su disenso con la opinión del auditor, ni se ha hecho mención a este supuesto en la fundamentación de los recortes efectuados en las cuentas correspondientes.

Consecuentemente, y luego de lo expuesto de forma precedente, el recorte efectuado por la ANH fundado en la inexistencia o insuficiencia de documentación de respaldo, no observado como tal por la empresa auditora, implica el desconocimiento de un proceso de revisión y evaluación documental efectuada dentro de una auditoría regulatoria aprobada por el ente regulador, lo cual pone en tela de juicio la legalidad del acto administrativo en su

Página, 10/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

elemento "causa" aspecto que excede el margen de discrecionalidad del acto administrativo y vicia de ilegítimo su contenido, correspondiendo la revocatoria parcial de las resoluciones impugnadas, en las cuentas que se detallan en el análisis de los recortes arbitrarios, en los cuales se hará remisión expresa a este numeral. A tal efecto, la ANH deberá emitir nueva resolución efectuando la valoración de racional y prudente de dichos gastos, sobre la base de la información y documentación que deberá ser presentada por la empresa recurrente.

➤ Análisis ANH

Cabe destacar el fundamento principal utilizado por el MHE en la RJ 076/2014, cuando expresa: *"En este marco, la no vinculatoriedad de la opinión de la auditoría está referida esencialmente a la aplicación del juicio de racionalidad y prudencia del gasto, pudiendo el ente regulador apartarse de esta opinión. A tal efecto, dicha divergencia debe ser expresada sobre la misma base material (documental) que motivo la opinión inicial del auditor, o siendo esta inexistente o insuficiente, en la información y documentación adicional que hubiera sido expresamente requerida por el ente regulador al concesionario, dentro del periodo de tiempo comprendido entre la recepción del informe de auditoría y la emisión de la resolución administrativa de aprobación de presupuesto. Sin embargo, de la revisión de los antecedentes y de las pruebas cursantes en el expediente, no se tiene evidencia de que el ente regulador haya solicitado documentación o información adicional al concesionario para fundar su disenso con la opinión del auditor, ni se ha hecho mención a este supuesto en la fundamentación de los recortes efectuados en las cuentas correspondientes."*

Siguiendo la lógica expresada por el MHE, en el entendido de que existió documentación que fue evaluada por el Auditor externo, debe pronunciarse al respecto y la ANH puede disentir de tal valoración, puede así también requerir información adicional en caso de considerarla pertinente, consecuentemente corresponde que la ANH se pronuncie con la debida motivación sobre la razonabilidad o prudencia de las cuentas correspondientes a:

- Mantenimiento de Derecho de Vía
- Servicios de Administración y Finanzas
- Asesoría Legal
- Consultoría
- Capex
- Personal Temporal
- Publicaciones
- Provisiones

Por lo que, siendo que el MHE considera el argumento *"inexistencia o insuficiencia de documentación de respaldo, no observado como tal por la empresa auditora"* una vulneración al elemento causa del proceso, por lo que se hace necesaria la revocatoria parcial de la RA 1876/2014 únicamente en las cuentas citadas en el párrafo que precede, debiendo emitirse nuevo pronunciamiento debidamente motivado y considerando los elementos que hacen a la causa.

CONSIDERANDO.-

Que de acuerdo al análisis precedente, corresponde aceptar el recurso de revocatoria revocando parcialmente lo establecido en la Resolución Administrativa ANH N° 1876/2014 de 17 de julio de 2014 únicamente en lo que respecta a los puntos "Base Tarifaria", "Gastos Financieros" y respecto a la "insuficiencia de información o documentación de respaldo como razón para efectuar un recorte (en las cuentas: Mantenimiento de Derecho de Vía, Servicios de Administración y Finanzas, Asesoría Legal, Consultoría, Capex, Personal Temporal, Publicaciones y Provisiones)", debiendo emitir pronunciamiento concreto sobre

Página, 11/12

RARR-ANH-DJ N° 0185/2015
La Paz, 02 de diciembre de 2015

las pretensiones de la empresa YPFB Transierra, y las razones que fundamentan su decisión al respecto dentro del Presupuesto Ejecutado de la gestión 2005 de YPFB Transierra.

CONSIDERANDO:

Que en virtud a lo dispuesto en el artículo 138 del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, que determinó la Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional, se emitió la Resolución Administrativa SSDH No. 0474/2009 de 6 de mayo de 2009 y la Resolución Administrativa ANH No. 0475/2009 de 7 de mayo de 2009, mediante las cuales se adecuó el cambio de nombre de la Superintendencia de Hidrocarburos por el de Agencia Nacional de Hidrocarburos.

POR TANTO:

El Director Ejecutivo Interino de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en ejercicio de las facultades y atribuciones que la ley le confiere, conforme a lo dispuesto por el inciso i) del artículo 10 de la Ley 1600, y conforme a lo dispuesto por el artículo 89 del D.S. 27172,

RESUELVE:

ÚNICO.- Aceptar el recurso de revocatoria interpuesto por la empresa YPFB Transierra S.A. revocando parcialmente la Resolución Administrativa ANH N° 1876/2013 de 17 de julio de 2014 únicamente en lo que respecta a "Base Tarifaria", "Gastos Financieros" y respecto a la "insuficiencia de información o documentación de respaldo como razón para efectuar un recorte (en las cuentas: Mantenimiento de Derecho de Vía, Servicios de Administración y Finanzas, Asesoría Legal, Consultoría, Capex, Personal Temporal, Publicaciones y Provisiones)", de conformidad a lo establecido por el inciso b), parágrafo II del artículo 89 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante el D.S. N° 27172 de 15 de septiembre de 2003. Debiendo la ANH emitir una nueva resolución administrativa de conformidad a lo establecido en el artículo 90 del citado cuerpo legal, bajo los criterios de legitimidad establecidos en la presente resolución administrativa y la Resolución Ministerial R.J. N° 076/2015 de 3 de agosto de 2015.

Notifíquese mediante cédula

Ing. Gary Medrano Villamor.MBA.
DIRECTOR EJECUTIVO a.i.
AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS

Sandra Leyton Vela
DIRECTORA JURIDICA
AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS