

RESOLUCION ADMINISTRATIVA RARR-ANH-DJ No. 0008/2018
La Paz, 23 de enero de 2018**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

El recurso de revocatoria interpuesto por GASORIENTE BOLIVIANO LTDA. (GOB) cursante de fs. 86 a 91 de obrados, contra la Resolución Administrativa RAR-ANH-ULGR N° 0426/2015 de 14 de octubre de 2015 (RA 0426/2015) cursante de fs. 52 a 53 de obrados, emitida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), sus antecedentes, las leyes y preceptos legales cuya contravención se acusa, y;

CONSIDERANDO:

Que por Informe Técnico DDT N° 0076/2014 de 17 de marzo de 2014 cursante de fs. 44 a 51 de obrados, se concluyó que correspondía aprobar el Presupuesto Ejecutado 2009 de GOB.

Que a través de Informe DRE 0433/2013 de 22 de noviembre de 2013 cursante de fs. 8 a 43 de obrados, se recomendó la aprobación del Presupuesto Ejecutado de GOB para el presupuesto ejecutado correspondiente a la gestión 2009.

Que mediante Resolución Administrativa RAR-ANH-ULGR N° 0426/2015 de 14 de octubre de 2015, la Agencia Nacional de Hidrocarburos aprobó el Presupuesto Ejecutado correspondiente a la gestión 2009 de GASORIENTE BOLIVIANO LTDA. de acuerdo al anexo adjunto.

CONSIDERANDO:

Que GOB el 25 de enero de 2016 presentó recurso de revocatoria contra la RA 0426/2015, en consecuencia mediante proveído de 25 de febrero de 2016 cursante a fs. 101 de obrados, la ANH admitió en cuanto hubiere lugar en derecho, el recurso de revocatoria interpuesto y dispuso la apertura de término probatorio, el mismo que fue clausurado mediante providencia de 23 de mayo de 2016 cursante a fs. 123 de obrados.

Que en ese contexto, la Agencia Nacional de Hidrocarburos emitió el Informe INF-DRE 0145/2016 de 25 de abril de 2016 cursante de fs. 103 a 118 de obrados, y el Informe Técnico DDT 0145/2016 de 06 de mayo de 2016 cursante de fs. 119 a fs. 122 de obrados.

CONSIDERANDO:

Que entrando al análisis de los elementos sustanciales, los argumentos principales expuestos por GOB en el recurso de revocatoria interpuesto, se analizan a continuación los siguientes aspectos jurídicos fundamentales:

Conforme a la revisión de los antecedentes, corresponde señalar que por Nota Interna NI-DRE 1540/2017 de 14 de diciembre de 2017 cursante de fs. 133 a 134 de obrados, se establece que: *"mediante Resolución RA ANH DJ N° 0242/2017 de 01 de noviembre de 2017 se aprueba la realización de la Auditoría Regulatoria de la Inversión Inicial de la Concesión de Transporte de Hidrocarburos por Ductos otorgada a GASORIENTE BOLIVIANO LTDA., misma que a la fecha está en proceso de ejecución, resultado del mismo podría tener efecto sobre la información de depreciación de los activos que se incluye de forma informativa en las Resoluciones citadas en párrafo precedente".* Cabe aclarar que ente las referidas resoluciones, se encuentra el acto administrativo impugnado en el presente recurso.

El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial aprobado mediante Decreto Supremo N° 27172 de 15 de septiembre de 2003, en su Título IV, Capítulo III, establece el procedimiento para la sustanciación de los recursos jerárquicos.

En cuyo marco, cabe manifestar que el Ministerio de Hidrocarburos respecto a concesiones que no contaban con una inversión inicial ejecutada aprobada, a través de las Resoluciones Ministeriales RJ N° 074/2015, N° 075/2015, 076/2015 y N° 077/2015, todas de 3 de agosto de 2015, estableció que: **“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 el 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 de prudencia de las inversiones ejecutadas corresponde al regulador, quien debe decidir –a través de otro acto administrativo– que 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 auditoría a las inversiones de la base tarifaria. ... 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”.** (El subrayado es propio)

Al respecto, el jurista español José Ortiz Díaz en una publicación realizada en la Revista de Administración Pública Edición N° 51 de 1966 con referencia al precedente administrativo señala que se puede entender al precedente como: *“la norma de derecho objetivo inducida de dos decisiones al menos de la administración activa, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, vinculante para el Administrador ante supuestos idénticos, excepto los casos en que razones de oportunidad y conveniencia derivadas de la valoración del interés público exigen trato de desigualdad de los administrados ante la Administración”.*

Los precedentes administrativos, se rigen por el principio de igualdad ante la Ley, que implica un trato idéntico a los administrados en situaciones similares; así como por el principio de seguridad jurídica y buena fe, por el cual los administrados tienen certeza respecto a las consecuencias de sus actos; y por el principio de buena administración, que reconoce la semejanza que debe existir entre el presente caso y el anterior para su aplicación, y que éstos actos administrativos sean expedidos por la misma entidad que ha resuelto los casos anteriormente.

En cuyo mérito se debe tomar en cuenta que para que un precedente administrativo pueda ser aplicado debe existir identidad en la posición de los sujetos de la relación jurídico administrativa (administrado y Administración), en las circunstancias de hecho de los administrados y en las reglas de derecho que deban aplicarse a sus causas; salvo la existencia de una afectación al interés general que justifique la inaplicabilidad del mismo.

Ante lo cual, se puede afirmar que el precedente administrativo es aquella actuación anterior de la Administración que condiciona sus actuaciones presentes exigiéndole un contenido semejante para casos idénticos.

Por lo que se tiene que las Resoluciones Ministeriales de Recurso Jerárquico RJ N° 074/2015, N° 075/2015, 076/2015 y N° 077/2015, que fueron emitidas por el Ministro de Hidrocarburos en el cumplimiento de sus funciones, son actos administrativos que, de acuerdo a su naturaleza, son generadores de precedentes administrativos, pues cumplen con los presupuestos ut supra desarrollados y agotan la vía administrativa. Siendo en consecuencia, de cumplimiento obligatorio por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

En cuyo mérito y conforme a las referidas Resoluciones Ministeriales, se establece que las tarifas de un servicio público deben corresponder a costos reales, debiendo en consecuencia los ingresos generados por dicho servicio cubrir los costos para producirlo, considerando que por el modelo de base tarifaria de retorno, se opera sobre la base de una tarifa aprobada que permite alcanzar una tasa de retorno razonable al concesionario sobre la base de datos proyectados y que, son evaluados posteriormente para obtener datos ejecutados, permitiendo la revisión de tarifas.

Es decir, conforme a lo establecido por el ente cabeza de sector, corresponderá que se realice una evaluación de los datos observados en los periodos transcurridos respecto a los proyectados en el flujo de caja a objeto de efectuar los ajustes que sean necesarios.

En ese contexto, corresponde aclarar, que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, a objeto del cálculo de la base tarifaria de GOB en las diferentes gestiones, no contaba con una inversión inicial ejecutada aprobada, teniéndose en cuenta de que a la fecha se está ejecutando la Auditoria Regulatoria de la Inversión Inicial de la concesión de transporte de hidrocarburos por ductos otorgada a dicha empresa.

Al respecto el Ministerio de Hidrocarburos considera que a objeto de poder cumplir con el modelo de base tarifaria de retorno de forma tal que se garantice la correcta regulación de las tarifas, se requiere obtener los datos de los gastos efectivamente ejecutados, mismos que determinarán una cifra definitiva para el cálculo de la depreciación entre otros.

En cuyo marco, corresponde señalar que de la revisión de los antecedentes, se tiene que pese a que el ente regulador tenía conocimiento con anterioridad del contenido de las Resoluciones Ministeriales RJ N° 074/2015, N° 075/2015, 076/2015 y N° 077/2015, recién ha efectuado las gestiones a objeto de proceder a la evaluación y fiscalización de las inversiones iniciales ejecutadas por la concesionaria, no contando en consecuencia con una cifra definitiva respecto a la base tarifaria inicial efectivamente ejecutada, requisito sine qua non, a objeto de garantizar la precisión y validez en los cálculos de algunos ítems que tendrían relación directa con la referida cifra, tales como la depreciación.

Aclarándose en base a lo anterior, que conforme a los lineamientos trazados por el Ministerio de Hidrocarburos, la ANH a objeto de proceder a la determinación del monto del presupuesto ejecutado de GOB para la gestión 2009, debía contar previamente, con el monto efectivamente ejecutado de las inversiones iniciales efectuadas.

Ante lo cual, cabe manifestar, que al haberse emitido la Resolución Administrativa RAR-ANH-ULGR N° 0426/2015 sin contar con el monto real de la base tarifaria inicial ejecutada; teniéndose como consecuencia entre otros, que la depreciación fue calculada en base a una cifra proyectada y no así definitiva, la ANH se ha apartado de los precedentes administrativos establecidos en las Resoluciones Ministeriales RJ N° 074/2015, N° 075/2015, 076/2015 y N° 077/2015.

Por lo que corresponde, revocar la Resolución Administrativa RAR-ANH-ULGR N° 0426/2015 de 14 de octubre de 2015, a objeto de que conforme a los precedentes administrativos señalados ut supra (Resoluciones RJ N° 074/2015, N° 075/2015, 076/2015 y N° 077/2015 emitidas por el Ministerio de Hidrocarburos), el regulador proceda a la revisión tarifaria de las inversiones iniciales ejecutadas, pronunciándose sobre la evaluación y fiscalización de éstas una vez efectuada la auditoria externa técnica, económica y financiera del concesionario; así como respecto a la cifra a la que ascendería el referido monto ejecutado, a objeto de poder proceder a un cálculo confiable, respecto a los montos de depreciación y otros ítems que sean aprobados en el Presupuesto General para la gestión 2009, y que estén relacionados con la base tarifaria inicial.

CONSIDERANDO:

Que en la medida en que la Agencia emitió la Resolución Administrativa RAR-ANH-ULGR N° 0426/2015 de 14 de octubre de 2015 vulnerando el Art. 28 inc. b) y e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, corresponde la revocatoria de la misma.

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 GASORIENTE BOLIVIANO LTDA. revocando íntegramente la Resolución RAR-ANH-ULGR N° 0426/2015 de 14 de octubre de 2015 y sus anexos, de conformidad a lo establecido por el inciso b), párrafo II del artículo 89 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante D.S. N° 27172 de 15 de septiembre de 2003, debiendo la Autoridad de instancia emitir una nueva Resolución Administrativa bajo los criterios de legitimidad establecidos en el presente acto administrativo.

Notifíquese mediante cédula.