

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016
La Paz, 28 de octubre de 2016

VISTOS:

El Auto de Cargo de 29 de diciembre de 2011 (en adelante el Auto), emitido por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (en adelante la ANH), los antecedentes del procedimiento administrativo sancionador seguido contra la Empresa Tarijeña de Gas (en adelante EMTAGAS); las disposiciones normativas aplicables y:

CONSIDERANDO:

Que el Informe DRC 2815/2011 de 01 de noviembre de 2011, en lo pertinente de su parte de análisis señala que:

"En relación a los depósitos realizados por Emtagas según establece la normativa vigente se hace conocer que Emtagas presenta retrasos según el cuadro a continuación:

MES	FECHA MAXIMA DE DEPOSITO	FECHA DE DEPÓSITO REALIZADO POR EMTAGAS	DIAS DE ATRASO
Febrero	10/04/2010	19/04/2010	9
Diciembre	10/02/2011	11/02/2011	1
TOTAL DIAS			10"

Que en ese sentido el mismo Informe DRC 2815/2011, concluye que:

"Emtags realizó los depósitos correspondientes a los meses de Febrero y Diciembre con retrasos, (...)"

Que en razón al indicio de infracción al marco normativo que hace al sector de hidrocarburos, esta entidad reguladora mediante Auto de 29 de diciembre de 2011, formuló cargo contra EMTAGAS, señalando en su parte considerativa que EMTAGAS en fecha 25 de mayo de 2005 aperturó la cuenta corriente "Fondo de Desarrollo de Redes Emtags" N° 6015012483377 en el Banco de Crédito, en la que realizó los depósitos correspondientes al fondo de redes pero con un retraso de 01 día en el mes de febrero de 2011.

Que en ese sentido, el referido Auto de Cargo de 29 de diciembre de 2011, dispone la formulación de cargo *"(...) por ser presunta responsable de incumplir con el depósito de los recursos generados en el fondo de redes en el plazo o tiempo establecido para tal efecto, conducta contravencional que se encuentra prevista y sancionada en el Art. 122 y el inciso r) del Art. 103 del Art. 103 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes aprobado mediante Decreto Supremo No. 28291 de 11 de agosto de 2005"*.

Que mediante memorial presentado el 29 de febrero de 2012, EMTAGAS argumenta lo siguiente:



RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016

La Paz, 28 de octubre de 2016

"De conformidad con lo establecido en el Auto de Cargo, en fecha 25 de mayo de 2005 la Empresa Tarijeña de Gas, apertura la cuenta corriente Fondo de Desarrollo de Redes de EMTAGAS en el Banco de Crédito, misma en la que realizó los depósitos correspondientes al fondo de redes pero con un retraso de 1 días, en el mes de febrero 2011, por lo que se recomienda que en virtud a la presunta contravención o infracción administrativa cometida por la empresa, se efectúen las acciones y sanciones que correspondan.

El plazo para el depósito correspondiente al mes de diciembre de 2010 de conformidad con lo establecido en el Art. 122 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes aprobado por el D.S. 28291 es de 1 al 10 de febrero de 2011, siendo estos los 10 primeros Días Calendario del subsiguiente mes, al respecto, tenemos a bien poner a su conocimiento que en fecha 13 de enero de 2011, asumí funciones como Gerente General de EMTAGAS, y hasta el 11 de febrero de 2011 recién se procedió a la habilitación de firmas en el Banco de Crédito, no pudiendo realizar ningún tipo de movimientos financieros hasta esa fecha, documentación que fue solicitada al BCP, pero que, hasta la fecha no se nos ha remitido, en ese sentido se encuentra debidamente justificado el no haber realizado el depósito en la fecha señalada.

(...) sobre el incumplimiento temporal, podemos señalar que si bien el retraso tiene 3 elementos, dos de ellos, el elemento subjetivo y la mora no se encuentran presentes en el presente caso, ya que, no ha existido dolo, ni culpa, ni indulgencia, ni imprudencia, siendo atribuible el retraso a terceros, es decir, a la habilitación de una firma para poder realizar las transferencias financieras; por otro lado, la mora no existe puesto que no existe daño y tampoco ha sido demostrado el mismo.

(...) Por lo expuesto, se evidencia que no concurren los elementos del incumplimiento temporal ni el incumplimiento por sí mismo, además de encontrarse justificado el hecho imputable a la burocracia bancaria en cuanto a la habilitación de la firma correspondiente para poder realizar las transacciones financieras necesarias que se constituyen en una situación externa insalvable, imprevisible que se constituye en fuerza mayor que imposibilita efectuar la cancelación un día antes a la efectuada".

Que a través de Auto de 07 de abril de 2016 (notificado el 20 de abril de 2016), se dispuso la apertura de un término de prueba de veinte (20) días hábiles administrativos.

Que no habiéndose presentado pruebas por parte de EMTAGAS dentro del periodo probatorio, mediante Auto de 23 de mayo de 2016 (notificado el 01 de junio de 2016), se dispuso la clausura del término probatorio.

Que el Informe INF-DRE 0218/2016 de 03 de junio de 2016, concluye en lo pertinente que:

- Las pruebas presentadas por la empresa EMTAGAS, por el incumplimiento de depósito de los recursos del mes de Diciembre de 2010, no cumplen las condiciones necesarias que permitan reconocerse como situación externa insalvable, imprevisible que se constituye en fuerza mayor, persistiendo el incumplimiento al plazo establecido en el Artículo 122 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes, aprobado mediante Decreto Supremo N° 28291, de acuerdo al siguiente cuadro:

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016
La Paz, 28 de octubre de 2016

MES	IMPORTE (\$us)	FECHA LIMITE DE DEPOSITO	FECHA DE DEPOSITO	RETRASO (Días)	OBSERVACIÓN
dic-10	29.250,27	10/02/2011	11/02/2011	1	DEPOSITO POSTERIOR AL PLAZO
TOTAL	29.250,27			1,00	

CONSIDERANDO:

Que el artículo 103 del Reglamento establece que “Los Concesionarios serán sancionados por la Superintendencia por cometer Infracciones señaladas a continuación, en base al promedio mensual calculado sobre el Margen de Ingresos de Distribución de los últimos tres meses, multiplicado por el porcentaje de penalización: (...) r) Incumplimiento del depósito de los recursos generados en el Fondo de Redes, será sancionado con el 5% la primera vez y con el 20% la segunda vez.”

Que al respecto, el artículo 122 del Reglamento, dispone que “Los Concesionarios y las actuales empresas distribuidoras están obligadas a depositar dentro de los 10 primeros Días Calendario del subsiguiente mes en la cuenta bancaria, los montos obtenidos como producto de las rebajas en el precio del gas natural en Puerta de Ciudad (City Gate)”.

CONSIDERANDO:

Que de la consideración del marco normativo antes descrito, se establecen las siguientes conclusiones:

Que en observancia del derecho a la defensa, reconocido constitucionalmente no solo como derecho, sino también como principio y garantía, de las partes dentro de un proceso (así también, dentro de los procesos administrativos), y en consideración del precedente constitucional vinculante, contenido en la Sentencia Constitucional 1490/2010-R de 06 de octubre de 2010, dictada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que establece que “**El Derecho a la defensa en el orden constitucional, no obstante que es un instituto integrante de las garantías del debido proceso, ha sido consagrado en forma autónoma, precisando de manera expresa en el art. 16.II de la CPE** abr. que: “El derecho a la defensa en juicio es inviolable” y el art. 115.II de la CPE, que “**El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones**”, este ente regulador, sobre la base de lo señalado en el Informe DRC 2815/2011 de 01 de noviembre de 2011, emitió el Auto de Cargo de 29 de diciembre de 2011, imputando al administrado el incumplimiento del depósito en los plazos establecidos, de los recursos correspondientes al Fondo de Redes de los meses de enero y febrero de la gestión 2012.

Que EMTAGAS a través de memorial presentado el 08 de marzo de 2012, expone los siguientes argumentos: i) En fecha 11 de febrero de 2011 recién se procedió a la habilitación de firmas en el Banco de Crédito, por lo que EMTAGAS no pudo hacer movimientos financieros hasta esa fecha; ii) No ha existido dolo, ni culpa, ni indulgencia, ni imprudencia, siendo atribuible el retraso a terceros, es decir, a la habilitación de una firma para poder realizar las transferencias financieras; y iii) El hecho imputable a la burocracia bancaria en cuanto a la habilitación de una firma para realizar transacciones

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016

La Paz, 28 de octubre de 2016

financieras, se constituyen en una situación externa insalvable, imprevisible que se constituye en fuerza mayor que imposibilita efectuar la cancelación un día antes a la efectuada.

Que respecto a los citados argumentos, es pertinente manifestar que según la normativa antes anotada, las empresas distribuidoras, tienen la obligación de depositar dentro de los 10 primeros días calendario del subsiguiente mes en una cuenta bancaria, los recursos provenientes del Fondo de Redes (artículo 122 del Reglamento).

Que en consecuencia, el deber de obrar de depositar en una cuenta en una entidad del sistema financiero (artículo 121 del Reglamento), previsto en la normativa vigente para las empresas distribuidoras por concesión, se halla condicionado a un plazo para su cumplimiento; es decir que para que dicha obligación se considere cumplida, la empresa distribuidora, no solo debe depositar en una cuenta bancaria los montos correspondientes al Fondo de Redes, sino que el referido depósito debe ser efectuado durante los diez primeros días calendario del subsiguiente mes.

Que en ese entendido, la obligación prevista en el ordenamiento jurídico objeto de análisis, está compuesta por la manifestación de un deber de obrar, y que éste se realice dentro de un plazo establecido.

Que el Reglamento, en el inciso r) de su artículo 103, prevé una sanción al incumplimiento de la **obligación** antes conceptualizada y determinada.

Que al respecto el Informe INF-DRE 0218/2016, respecto a los argumentos presentados por el administrado, señala lo siguiente:

"(...) EMTAGAS a fin de cumplir con el plazo, podía haber optado por algún procedimiento financiero adicional, ya que el 11 de enero de 2011 (fecha de nombramiento de nuevo gerente) al 10 de febrero de 2011 (fecha de vencimiento para el depósito correspondiente al mes de febrero) se tenía un mes, o informar sobre dicha imposibilidad a la ANH, a fin de que este sea considerado o atendido de forma oportuna.

Por otra parte señalar que el importe a depositar se calcula en base al "volumen facturado por el productor" (en este caso Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB), por lo que de manera anticipada al plazo de vencimiento, EMTAGAS ya tenía los elementos suficientes para efectuar el depósito correspondiente.

Por lo tanto, en lo que respecta al análisis económico – financiero a las pruebas presentadas por la empresa EMTAGAS , por el incumplimiento de depósito de los recursos del mes de Diciembre de 2011, este no cumple las condiciones necesarias que permitan reconocerse como situación externa insalvable, imprevisible que constituye en fuerza mayor".

Que entrando al análisis propiamente de los argumentos expresados por el administrado, y en consideración de los Informes Técnicos y la normativa citada; se concluye lo siguiente:

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016

La Paz, 28 de octubre de 2016

Que en cuanto al argumento antes especificado como *i)*, se tiene que de acuerdo al análisis técnico, EMTAGAS tenía la posibilidad de optar por algún procedimiento financiero adicional para cumplir con la obligación de depósito en el plazo establecido para el efecto, más aún si se considera que la situación invocada por el administrado tuvo una duración aproximada de un mes, pudiendo el mismo tomar las medidas adecuadas para el cumplimiento de la obligación señalada.

Que en cuanto al argumento referido como *ii)*, es necesario tener presente lo expuesto en el Informe INF-DRE 0218/2016, que señala que EMTAGAS no solo tuvo la posibilidad de haber optado por algún otro procedimiento financiero para el cumplimiento de la obligación; sino que también, por la forma de cálculo del importe a depositar, el cual se lo realiza en base al “volumen facturado por el producto”, el administrado podía conocer el monto a depositar por el mes de diciembre de 2010 y a demás podía realizar dicho depósito de forma anticipada a la presentación de las eventualidades administrativas invocadas. Consecuentemente, respecto al presente inciso, se puede concluir que EMTAGAS no puede invocar la falta de culpa o indulgencia respecto al incumplimiento o infracción imputada, toda vez que del análisis técnico, la empresa (EMTAGAS) tenía todos los medios para prevenir tal infracción, desde opciones financiero-legales para proceder con el depósito, como la posibilidad de realizar el depósito correspondiente al mes de diciembre de 2010, anticipadamente al cambio de gerencia de la empresa.

Que en cuanto al argumento distinguido como *iii)*, es necesario primeramente definir lo que se entiende por fuerza mayor; al respecto, el Diccionario Encyclopédico de Derecho, lo define como “Circunstancia que, por no poder ser prevista o evitada, imposibilita absolutamente para el cumplimiento de una obligación”.

Que en ese entendido, una de las características de la citada figura jurídica, justamente el hecho fundamental de ser **imposible de ser prevista o evitar**.

Que asimismo, importa referirse a que si el hecho es extraordinario o anormal, no es un carácter distinto al de la imprevisibilidad e inevitabilidad; la doctrina señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse, lo que sale de lo normal y del curso ordinario de las cosas, no es dable prever.

Que subsumiendo lo señalado al caso planteado por el administrado, se concluye que la causa señalada como fuerza mayor, no puede ser considerada, en razón de que el depósito de los recursos correspondientes al Fondo de Redes por parte de EMTAGAS, por el mes de diciembre de la gestión 2010, pudo haberse efectuado de forma anticipada al cambio de gerencia, por lo que el incumpliendo del depósito en el plazo establecido (hasta el 10 de febrero de 2011) no podría atribuirse a una situación imposible de ser prevista.

Que además, de lo indicado a través del Informe INF-DRE 0218/2016, se pudo establecer la posibilidad de la empresa de hacer uso de otros procedimientos financieros para cumplir con la obligación, no obstante que el nuevo gerente de EMTAGAS no se encontraba habilitado por la firma de transferencia financieras; por lo que la referida empresa podía evitar el incumplimiento con la debida diligencia.

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016

La Paz, 28 de octubre de 2016

Que por otra parte, el depósito de los recursos generados en el Fondo de Redes debió hacerse periódicamente conforme el plazo establecido en la norma, sin embargo el incumplimiento persistió, por lo que no se trataba de una circunstancia imprevista; consiguientemente, se tiene que el administrado conociendo su responsabilidad, no aplicó la atención, cuidados y/o esfuerzos debidos para su cumplimiento; a pesar de que de forma anticipada EMTAGAS ya tenía conocimiento sobre el importe a depositar en la cuenta del Fondo de Redes, toda vez que el importe a depositar se calcula en base al "volumen facturado por el productor".

Que por lo tanto, la empresa EMTAGAS es plenamente responsable de realizar el depósito dentro del plazo establecido en el Reglamento, considerando que el cambio de gerencia de la empresa, no podría considerarse como un hecho de fuerza mayor o imprevisible que podría eximir de responsabilidad al administrado, al ser situación prevista y decidida por la misma empresa EMTAGAS.

Que por lo señalado precedentemente, queda demostrado, que dentro del presente proceso administrativo sancionador, se garantizó a la empresa el ejercicio de su derecho a la defensa de forma amplia y sin restricciones; pudiendo la misma presentar todos los descargo y pruebas que consideró pertinentes, para hacer valer su pretensión.

Que no habiendo sido desvirtuado el cargo por parte de EMTAGAS, en aplicación del principio de verdad material que rige a la actividad administrativa y de acuerdo a una valoración de los antecedentes, empleando el principio de la sana crítica, se examinó la conducta de la misma, en base a las consideraciones de los Informes DRC 2815/2011 e INF-DRE 0218/2016 insertos en el expediente administrativo; concluyéndose que la empresa distribuidora (EMTAGAS) no cumplió con la obligación prevista en el artículo 122 del Reglamento, de depositar dentro de los 10 primeros días calendario del siguiente mes en la cuenta bancaria, los montos obtenidos como producto de las rebajas en el precio de gas natural en Puerta Ciudad (City Gate), es decir, correspondientes al Fondo de Redes; y que el referido incumplimiento (conducta), se halla previsto en el ordenamiento jurídico administrativo vigente, como una infracción administrativa (*incumplimiento o contravención de la normativa vigente*) a la que se le estableció una determinada sanción (inciso r) del artículo 103 del reglamento).

Que en mérito a la competencia de este ente regulador de velar y fiscalizar el cumplimiento del citado Reglamento, como también, el de cumplir con la finalidad de la regulación, (Sentencia Constitucional 1490/2010-R de 06 de octubre de 2010); corresponde declarar probado el cargo formulado mediante Auto de 29 de diciembre de 2011, contra EMTAGAS, en razón de que se pudo verificar que ésta incumplió la obligación de depositar dentro del plazo establecido en el artículo 122 del Reglamento, los recursos correspondientes al Fondo de Redes, del mes de diciembre de la gestión 2010.

Que en ese contexto, mediante Informe INF-DRE 0276/2016 de 13 de julio de 2016, la Dirección de Regulación Económica de la ANH, concluye que:

"(...) de acuerdo al Auto de Cargo de fecha 29 de diciembre de 2011, el presente informe ha determinado una multa de \$us. 7.604,09 que al tipo de cambio al momento de determinarse la infracción, es de 7,07 Bs/\$us, resulta una multa de Bs. 53.760,91,



RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016

La Paz, 28 de octubre de 2016

por la infracción cometida en el mes de febrero de 2010 por la empresa EMTAGAS, de acuerdo al siguiente cuadro:

DETALLE	MES		
	Diciembre 2009	Enero 2010	Febrero 2010
INGRESOS POR COMERCIALIZACION (Bs.)	2.484.307,12	2.884.216,19	2.533.582,96
INGRESOS POR COMERCIALIZACION (\$US)	351.387,15	407.951,37	358.356,85
VOLUMEN CITY GATE (MPC)	225.320,03	237.998,92	211.630,07
VALOR DEL GAS NATURAL EN CITY GATE (\$US)	220.813,63	233.238,94	207.397,47
MARGEN DE INGRESOS DE DISTRIBUCIÓN (\$US)	130.573,52	174.712,43	150.959,39
SANCIÓN DEL 5% (\$US)			7.604,09
<i>SANCIÓN DEL 5% (Equivalente en Bs.)</i>			53.760,91

Que finalmente, y de conformidad a lo previsto en el inciso r) del artículo 103 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes aprobado mediante Decreto Supremo N° 28291 de 11 de agosto de 2005, y al cálculo establecido en el Informe INF-DRE 0276/2016 de 13 de julio de 2016, corresponde establecer como sanción a la empresa EMTAGAS, la suma de Bs53.760,91 (Cincuenta y Tres Mil Setecientos Sesenta 91/100 Bolivianos)

POR TANTO:

El Director Ejecutivo a.i. de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en ejercicio de las facultades y atribuciones establecidas por Ley, en nombre y representación del Estado Plurinacional de Bolivia,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar **PROBADO** el cargo formulado mediante Auto de 29 de diciembre de 2011, contra la Empresa Tarijeña del Gas, por adecuarse su conducta a lo previsto en el inciso r) del artículo 103 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes aprobado mediante Decreto Supremo N° 28291 de 11 de agosto de 2005.

SEGUNDO.- Imponer a la Empresa Tarijeña de Gas, una sanción pecuniaria de Bs53.760,91 (Cincuenta y Tres Mil Setecientos Sesenta 91/100 Bolivianos), conforme lo dispone el inciso r) del artículo 103 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes.

TERCERO.- Ante el incumplimiento del pago de la sanción impuesta en el plazo establecido en el Reglamento de Distribución de Gas natural por Redes aprobado mediante Decreto Supremo N° 28291 de 11 de agosto de 2005, y de acuerdo a procedimiento, la Agencia Nacional de Hidrocarburos podrá ejecutar la presente Resolución Administrativa conforme a normativa vigente.

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RAPS-ANH-DJ N° 0270/2016

La Paz, 28 de octubre de 2016

CUARTO.- Contra la presente Resolución y al amparo de lo consagrado en el artículo 64 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2003, la Empresa Tarijeña del Gas tiene expedita la vía del recurso de revocatoria dentro del plazo de los diez (10) días siguientes al de su legal notificación, **aclarando que la interposición de dicho recurso no suspende la ejecución de la sanción impuesta.**

Regístrese, Notifíquese y Archívese.

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

Dr. Hugo Eduardo Castedo Peinado
DIRECTOR JURIDICO
AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS