

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS GESTIÓN 2011 - 2012



**UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA DE
REGULACIÓN FINANCIERA
VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS
FINANCIEROS**

Obra: *“Precedentes Administrativos Gestión 2011 - 2012”.*

Segunda Edición

Todos los derechos reservados de esta edición
Registro de Propiedad Intelectual

FOTOCOPIAR UN LIBRO ES UN DELITO, ASÍ COMO POSEER O VENDER UNA COPIA ILEGAL

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida ni transmitida en forma alguna, por ningún medio, sea este manual, mecánico o electrónico, incluida la fotocopia, el grabado y la informática, salvo cita del autor.

Quien reproduzca, posea copia ilegal, facilite con esos fines la obra de terceros o provea copias no autorizadas y por tanto ilegales, queda sujeto a las máximas responsabilidades establecidas en el Código Penal y la Ley de Derechos de Autor, previo debido proceso.

La Paz - Bolivia

INDICE

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS GESTIÓN 2011-2012

PÁGINA

INTRODUCCIÓN.....6

A

A.1. Del Acto y Actuaciones Administrativas.....	7
A.2. De la acción dolosa y actuar culposo.....	9
A.3. De la accesoriadad en el contrato de apertura de crédito.....	9
A.4. Anulación del proceso por falta de devolución o restitución de una multa.....	9
A.5. Anulabilidad del Acto Administrativo.....	11
A.6. La Adenda.....	11
A.7. De la Antijuricidad.....	11
A.8. De la Amonestación.....	11

B

B.1. Buen Padre de Familia.....	15
---------------------------------	----

C

C.1. De la Competencia del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Entidad Reguladora.....	16
C.2. De la Competencia de la Entidad Reguladora en el Incumplimiento de la Ejecución de un Contrato	20
C.3. Concursos de Infracciones.....	20
C.4. De la existencia de la cosa juzgada en materia administrativa.....	25
C.5. De la Culpa.....	26

D

D.1. Debido Proceso.....	28
D.2. Daño.....	30
D.3. De los Derechos Ejercidos.....	30
D.4. Del Derecho de Petición.....	30
D.5. Del Derecho a la Seguridad Social.....	32
D.6. De la Facultad Discrecional.....	32

E

E.1. Excusa Absolutoria en Materia Administrativa.....	34
E.2. Exposición Oral de Fundamentos	36
E.3. Del Error al Escribir (Lapsus Calamis).....	38

F

F.1. De la Falta de Fundamentación del Regulador.....	40
---	----

G

G.1. De la Calificación de la Gravedad de las Sanciones.....	43
--	----

HI

I.1. Incongruencia del Recurso Jerárquico.....	45
I.2. Irrecubilidad del Informe.....	46
I.3. Impedimento Sobreviniente.....	49
I.4. Inexistencia de Respuesta Esencial en el Fallo Recurrido	50

JKL

L.1. Legitimación y Principio de Informalismo.....	53
--	----

MN

N.1. Non Reformatio In Peius	54
N.2. De la Nota de Cargos.....	54
N.3. De la Nulidad Absoluta.....	55

O

O.1. Operadores de Justicia.....	56
----------------------------------	----

P

P.1. Precedentes administrativos que engloban Principios en Materia	
Administrativa	57
P.2. De la Preterintencionalidad.....	72
P.3. De la Prescripción	75
P.4. De la Prueba.....	78
P.5. Póliza de Seguro y Controversias que surgen del siniestro.....	85

QR

R.1. Recurso de Nulidad Absoluta.....	90
R.2. Reiteración y Reincidencia	91
R.3. De la Reparación de Daño Económico antes de la emisión de la Resolución Sancionatoria.....	97
R.4. De la Resolución del Recurso Jerárquico.....	98

S

S.1. De la Sanción	99
S.2. De la Seguridad Jurídica.....	101
S.3. Del Silencio Administrativo.....	102

T

T.1. Tipificación.....	104
T.2. De la participación del Tercero Interesado.....	107
T.3. Del Vocablo "Tracto".....	109

UV

V.1. Vicios de Procedimiento de los Contratos.....	110
V.2. Valoración de documentos Procesos Penales.....	111

INTRODUCCIÓN

Los precedentes refieren la imprescindible necesidad de coherencia y concordancia entre los actos de la Administración, de su congruencia -en su sentido semántico- y de la relación lógica entre los mismos, puesto que el pronunciarse conforme a ellos, importa el efectivo cumplimiento de los principios que el Derecho tiene reservados a su actuar. En cuanto a la regulación financiera, los precedentes permiten estudiar su aplicación en tal área, como asegurar su uniformidad o inclusive, las excepciones a lo mismo, confirmándose con ello su importancia y efectividad.

Su ejercicio en la solución de los asuntos administrativos, significa la existencia de un criterio uniforme sobre una determinada cuestión administrativa, con referencia a otras soluciones previas y a la Ciencia Administrativa en general, de manera tal que, si la jurisprudencia es una fuente del derecho general, los precedentes tienen una símil fuerza con referencia al actuar de la Administración, y por tanto, así como resultan de necesaria observancia por parte de la misma y por los administrados, son también atendibles por la colectividad en su conjunto y en particular, por quienes realizan el control ulterior de su actos: el Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Los precedentes se presentan ahora temáticamente, a los efectos de facilitar su consulta y revisión, de manera tal que su acceso, para quien lo requiere, resulte eficiente, práctico y sencillo; una relación de esta naturaleza, requiere de un análisis minucioso de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas en materia de regulación financiera, por lo que se invita al lector o lectora, a revisar las compilaciones de las mismas.

LIBRO DE PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

GESTIÓN 2011– 2012



A.1. Del Acto y actuaciones Administrativas

A.1.1. Acto Administrativo

“...En este contexto el acto administrativo que genere derechos y obligaciones al administrado debe circunscribirse velando los intereses del Estado y la sociedad...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2011 de 28 de enero de 2011).

A.1.2. Acto Administrativo

“...todo acto administrativo, debe regirse en el marco del Principio de Congruencia, Debido Proceso y Derecho a la Petición, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración Pública deben ser fundamentadas respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2011 de 09 de diciembre de 2011).

A.1.3. Acto Administrativo

“...el Ente Regulador no debe olvidar que todo acto administrativo debe regirse en el marco del Principio de Congruencia, Debido Proceso y Derecho a la Petición, que, en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración Pública deben ser fundamentadas, respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición.

Que, conforme ya se señaló, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ04/2004, y a su vez en, la misma línea de razonamiento, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009, fundamenta que:

"... **principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, **debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final**". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica). "La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa".

Asimismo siguiendo a Jorge Enrique Romero Pérez en su libro *Derecho Administrativo General* refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la **correlación entre acusación y prueba y sentencia**, en virtud de que esta última tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso, asimismo complementa que una dimensión importante del principio de congruencia es además de circunstanciada motivación de la sentencia señalando y justificando especialmente los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha..."

El Principio de Motivación de los Actos Administrativos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley de Procedimiento Administrativo, implicando que la Administración Pública debe motivar sus actos estableciendo las bases por las cuales ha emitido su decisión otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica al proceso ..."

Del análisis ut supra, tenemos que, si bien el Ente Regulador omite fundamentar algunas consideraciones hechas por la recurrente, conforme se apreció líneas arriba, correspondería declarar la anulabilidad del acto administrativo; sin embargo, dentro del marco del cumplimiento del debido proceso y tomando en cuenta los principios **de economía procesal** y el de **celeridad tomando en cuenta el deber jurídico de éste Ministerio para despachar los asuntos sometidos a su conocimiento, sin dilaciones indebidas** y reduciendo **actos procesales reiterativos, claro sin afectar el imperativo que las actuaciones requieran**, por lo cual, esta instancia se pronuncia en el fondo, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento sobre las cuestiones omitidas por el ente regulador, rectificando de esta manera el proceso administrativo..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 051/2012 de 02 de octubre de 2012).

A.2. De la acción dolosa y actuar culposo

"...tenemos que para que exista una acción u omisión dolosa debe existir el elemento constitutivo de la voluntad es decir (elemento volitivo) de cometer una infracción a sabiendas de su ilicitud o reprochabilidad y en el caso de la culpa o negligencia hace referencia a que todo actuar culposo comporta por parte del sujeto una conducta equivocada misma que pudo evitarse si este se hubiera conducido de manera distinta..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 065/2011 de 09 de diciembre de 2011).

A.3. De la accesoriidad en el contrato de apertura de crédito

"...por cuanto, reconociendo la accesoriidad entre el contrato de apertura de crédito que viene a ser el principal, y el de concesión de crédito bajo línea, entonces el accesorio (porque no puede existir sin que previamente se hubiera constituido la línea), resulta este último el que, conforme al principio de derecho accesorium sequitur principal (lo accesorio sigue la suerte de lo principal) debe seguir la suerte del primero, y no a la inversa.

Entonces, no es per se aplicable a la figura jurídica contrato de apertura de crédito, un criterio normativo propio del contrato de préstamo (bajo línea), como señala el Ente Regulador, sino a la inversa, los criterios que hacen a la apertura de crédito deben ser aplicables al contrato de préstamo bajo línea..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 084/2012 de 28 de diciembre de 2012).

A.4. Anulación del proceso por la falta de devolución o restitución de una multa

"...corresponde precisar que no corresponde la solicitud de anulación de un proceso, por la falta de devolución o restitución de una multa que corresponde a otro proceso anulado, (que ya carece de efectos), implicando que por dicha situación no puede viciar el presente proceso, más aún cuando la misma ha permitido que el recurrente acceda a que su Recurso de Revocatoria sea considerado por la Autoridad de Supervisión Financiera, y dicha situación -aunque irregular-, no fue impugnada por el recurrente..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 04 de mayo de 2011).

A.4.1. Anulación del proceso por falta de devolución o restitución de la multa

"... la Asociación (...) Vivienda La Paz realizó dos depósitos bancarios como consecuencia de un proceso sancionatorio administrativo instaurado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el primero fue como

consecuencia de la sanción impuesta en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 342/2010 de 07 de mayo de 2010; posteriormente dicho acto administrativo fue anulado por la citada autoridad fiscalizadora mediante Resolución Administrativa 606/2010 de 21 de julio de 2010; dejando en consecuencia sin efecto la sanción pecuniaria impuesta a la (...) La Paz”.

Posteriormente, la ASFI nuevamente retoma el trámite procesal notificando de nuevo con cargos al administrado, presentando este sus descargos correspondientes emitiéndose finalmente la Resolución Administrativa ASFI/Nº 280/2011 de 16 de marzo de 2011, por la cual se dispone sancionar a la (...) La Paz” con un multa de un mil Derechos Espaciales de Giro por incumplimiento a la norma administrativa detallada en el tercer considerando de la presente Resolución Ministerial Jerárquica; sanción administrativa que también fue depositada a una cuenta bancaria por el recurrente.

En este entendido, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en un caso análogo ha emitido criterio al respecto, correspondiendo dar continuidad a la línea jurídica sentada en esta máxima instancia de impugnación administrativa por lo que a mayor ilustración del administrado resulta pertinente traer a colación el fragmento pertinente de la Resolución Ministerial Jerárquica 007/2010 de 07 de enero de 2010 que refiere:

“ ..Si bien la anulación de la Resolución ASFI Nº 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, tiene como efecto retrotraer el procedimiento sancionatorio a un estado anterior, la existencia de una multa pendiente de devolución, no es óbice para continuar con el procedimiento y dar cumplimiento a la Resolución Jerárquica, máxime si la entidad quedaba en libertad de solicitar la devolución de la multa en cualquier momento, antes de la emisión de la nueva resolución...”

Partiendo de este análisis tenemos que al haberse anulado el procedimiento administrativo los efectos del proceso se retrotrajeron al momento procesal en que estos fueron anulados, en consecuencia, la multa oblada por el recurrente también; otorgándole dicha disposición el derecho al administrado de solicitar la devolución del monto depositado, derecho que necesariamente debe ser ejercido por su titular, no pudiendo responsabilizar a la Administración Pública de la actitud pasiva por la que optó la (...) pretendiendo que se actúe de oficio disponiendo la devolución de la multa.(...)

Ahora bien, es un derecho y un deber personal del administrado solicitar la devolución de los montos depositados al haberse anulado el acto administrativo por el que fue sancionado, no pudiendo hacer responsable ni pretender que la administración pública actúe de oficio sobre un derecho que necesariamente tiene que ser ejercido por su titular, y la actitud pasiva de esta al no invocar este

derecho no puede ser confundida como una doble sanción administrativa..."
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2011 de 16 de septiembre de 2011).

A.5. Anulabilidad del Acto Administrativo

"...la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sea a defectos de forma, o cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento..."
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2011 de 28 de abril de 2011).

A.6. La Adenda

"...Es pertinente dejar establecido que la interpretación de la Adenda no puede hacérsela con independencia del contrato principal, sino que debe entenderse que ambos documentos configuran un único acto..."
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2011 de 20 de enero de 2011).

A.7. De la Antijuricidad

"... es necesario aclarar que la antijuricidad está intrínsecamente ligada a la vulneración de las normas puesto que la contravención a una determinada disposición legal, conlleva una conducta antijurídica, contraria a derecho y todo acto contrario a derecho es reprochable ya sea en mayor o menor proporción de acuerdo a las circunstancias que llevó al actor a cometer el hecho..."
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2011 de 28 de enero de 2011).

A.8. De la Amonestación

"...Al respecto, se debe traer, una vez más a colación el precedente administrativo sentado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 09/2011 de 18 de marzo de 2011, misma que determinó:

*"...La **potestad reglada** es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la **autoridad** que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho*

supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo".

Por el contrario, la **potestad discrecional** otorga **un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración** un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos, ahora bien, el margen de libertad del que **goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal**, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada **función**, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. **En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.**

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la **competencia** de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

Es importante distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, estas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La **discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley.** La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes **soluciones**, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la **utilidad** o **interés** general.

Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de **seguridad** jurídica, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo de la autoridad, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el derecho, sino más bien, una definición que se halla fuera del derecho o, como se señala, una manifestación de poder social ajena al derecho. El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la **motivación**, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una **motivación** a quien actúa al margen de la ley....”

Ahora bien, revisada la normativa de la materia, tenemos que el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros emitido a través de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, en su artículo 16 parágrafo i inc. a) haría referencia a lo siguiente:

“Se consideran como infracciones, leves sujetas a la imposición de **sanciones de amonestación o multa** correspondiente a una suma no **menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186)** Unidades de Fomento de Vivienda (UFV). Las siguientes conductas

- a) Incumplimiento en la presentación de documentos financieros-contables, técnicos y legales requeridos por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante mandato administrativo exigible reglamentariamente.”

De la norma transcrita, tenemos que el artículo 16 parágrafo I inc. a) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, faculta al órgano regulador a sancionar con multa o con amonestación, este hecho justamente evidencia una facultad discrecional por parte del órgano fiscalizador para graduar y determinar la sanción, claro que el importe de la multa debe encontrarse dentro del límite establecido en la norma.

Por lo que, tenemos que el Ente Regulador apoyado en su facultad discrecional, así como en el principio de proporcionalidad, ha determinado una multa considerando lo siguiente a) que el hecho imputado se encuentre previamente calificado como infracción, b) que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado en cuanto a la gravedad del hecho y que a su vez, determinó que hubo reincidencia y no existió perjuicio ni daño.

Por lo que esta instancia jerárquica, evidencia que se ha seguido el debido proceso, al determinar la cuantía de la sanción, encontrando la fundamentación debida, misma que no ha respondido a la arbitrariedad de la Autoridad como sugiere la recurrente, sino que las sanciones se han dado atendiendo, las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, conforme se evidenció previamente..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 063/2012 de 30 de octubre de 2012).



B.1. Buen Padre de Familia

"...es menester primero precisar que la figura del "buen padre de familia" es una figura jurídica abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012).



C.1. De la Competencia del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Entidad Reguladora

“...corresponde mencionar que ni el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ni el ente regulador tienen competencia para determinar la devolución de montos de dinero que se encuentran en litigio, debido a que justamente entre las competencias del órgano regulador no está la de definir derechos controvertidos jurisdiccionalmente, esto debido justamente al principio de separación de poderes, ya que la actividad administrativa se encuentra sometida a la competencia del Órgano Ejecutivo y la jurisdicción ordinaria a la del Órgano Judicial...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2011 de 09 de marzo de 2011).

C.1.1. De la Competencia de la Entidad Reguladora

“...en cuanto a la competencia de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones para imponer la obligación, hay que remitirse al entonces vigente artículo 49° de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, aplicable al caso por imperio del artículo 4°, numeral I, del Decreto Supremo 0071 de 9 de abril de 2009.

En mérito a la transcripción realizada queda demostrado que la Autoridad Supervisora tiene plenas facultades de fiscalización, control, supervisión y regulación de la Seguridad Social de largo plazo, con las atribuciones específicas de normar, vigilar y sancionar las actividades que se suceden en el sistema de pensiones...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2011 de 13 de abril de 2011).

C.1.2. De la Competencia de la Entidad Reguladora

“...importa traer a colación el precedente ya sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, sobre el tema en contrato, señalando lo siguiente:

“Alcance de la Competencia de la SPVS para supervisar los Procesos Ejecutivos Sociales.

La Ley ha conferido a la SPVS las más amplias facultades y potestades administrativas en lo que respecta al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, otorgándole atribuciones para velar por la seguridad, solvencia, liquidez, rentabilidad en las actividades relacionadas con los fondos de pensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones. Dentro de ese contexto, el Artículo 23 de la Ley de Pensiones regula los aspectos relativos al proceso ejecutivo social como mecanismo jurisdiccional para la recuperación o cobro de cotizaciones, primas, comisiones intereses y recargos adeudados a las AFP, señalando que la sustanciación del proceso ejecutivo social se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

En este punto corresponde aclarar que si bien el citado Artículo establece que el cobro a ser efectuado vía proceso ejecutivo social servirá para la recuperación de los diferentes rubros adeudados a las AFP, no se debe dejar de lado que los montos de dinero efectivamente recobrados beneficiarán a los Afiliados permitiendo financiar las distintas prestaciones del SSO en su favor o de sus derechohabientes, para lo cual las AFP ejercen la representación de los Afiliados conforme dispone el Artículo 31 literal e) de la Ley de Pensiones. En tal sentido, siendo el proceso ejecutivo social la vía jurisdiccional idónea para la recuperación de aportes al SSO de largo plazo, las AFP, en su condición de representantes de los afiliados, se encuentran obligadas a llevar dicho proceso con diligencia y responsabilidad para tratar de asegurar la recuperación de los dineros que, en definitiva, servirán para el financiamiento de las distintas prestaciones establecidas en la Ley de Pensiones que, se reitera, serán para el entero beneficio de los Afiliados o sus derechohabientes, aspecto que permitirá la preservación y defensa del capital humano y del derecho a la seguridad social.

En ese ámbito, la SPVS tiene la facultad y competencia para supervisar y controlar la oportunidad y diligencia que ejercitan las AFP's en la tramitación de los procesos ejecutivos llevados a cabo por las AFP's, precisamente para cumplir el objetivo contenido en los Artículos 1° y 47 de la Ley de Pensiones....”

Precedente que es compartido in extenso por este Ministerio, ya que no se puede pretender hoy a más de catorce años del inicio del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, desconocer la competencia de la Autoridad Fiscalizadora, quien por mandato legal se encuentra en plena facultad de ejercer el control del correcto cumplimiento de la norma, realizando cuanta fiscalización sea necesaria a efectos de verificar si la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, ha sido llevada correctamente o ha

existido negligencia o inoperancia por parte de la Administradora, en el cumplimiento de sus funciones como representantes de los Afiliados, ya que ello conlleva un perjuicio inminente por la falta de recuperación oportuna de los aportes de los mismos. En el evento de evidenciar una posible infracción, se encuentra obligada a iniciar el proceso sancionatorio correspondiente llegando hasta la sanción o desestimación del cargo según corresponda y siempre en el marco del estricto cumplimiento al debido proceso.

Por lo tanto, queda evidenciado que la APS cuenta con competencia plena en el marco dado por la propia Ley de Pensiones..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012).

C.1.3. De la Competencia de la Entidad Reguladora

"... la Entidad Aseguradora alega la falta de competencia, corresponde dilucidar dicha situación.

Es así que la ex Superintendencia General del SIREFI en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005, de 12 de septiembre de 2005, pronunciándose sobre el tema en cuestión, expresó:

"(...) Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (...) "Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo.

Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122La sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley..."

De lo transcrito, se tiene que, es imprescriptible determinar si la Ley le otorga competencia o no de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, para proceder conforme lo ha hecho. Por lo que debe revisarse la

normativa de la materia, para determinar las facultades y atribuciones, cual se procede a continuación:

Que, la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 párrafo V, determina:

“La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tiene competencia privativa e indelegable para emitir **regulaciones prudentiales, controlar y supervisar** las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, **la actividad aseguradora** y del mercado de valores”

(Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, determina, en su Artículo 41, los objetivos que tiene la SPVS, señalando:

“**a)** Velar por la Seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro **b)** Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector de la propia Superintendencia **c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros d)** Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros y **e)** Cumplir y hacer la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Por lo que, del análisis puro de la norma transcrita ut supra, se evidencia, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se encuentra investida de competencia para controlar, supervisar, fiscalizar y sancionar a las personas y entidades sometidas a su regulación, por tanto tienen competencia plena para verificar el cumplimiento de la norma, y en caso de encontrar infracciones administrativas proceder con la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio, y consiguientemente imponer las sanciones que correspondan, claro en el marco del debido proceso.

Es así que se colige, sin lugar a dudas que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sí cuenta con competencia para imponer una sanción cuando evidencia la comisión de una infracción a la normativa de la materia.

Ahora bien, importa dejar en claro que la competencia se circunscribe a las determinaciones que la normativa la faculta, implicando que la Autoridad Fiscalizadora, no podrá realizar actos más allá de dichas determinaciones, es decir para el caso de autos, la APS no podrá pronunciarse sobre derechos

controvertidos de las partes del contrato o Póliza suscrita, debiendo ser dilucidadas en las instancias legales competentes...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 057/2012 de 05 de octubre de 2012).

C.2. De la Competencia de la Entidad Reguladora en el incumplimiento de la ejecución de un Contrato

“...La Autoridad fiscalizadora tiene como atribución, función y competencia la de controlar, regular y fiscalizar – en el presente caso – el mercado de valores con la facultad de imponer sanciones administrativas por infracción, incumplimiento, acción u omisión de las normas administrativas establecidas en el mercado regulado.

En este contexto la labor del regulador es precisamente establecer infracciones y/o incumplimientos a la norma administrativa que involucra en determinadas ocasiones acciones de carácter civil, comercial, etc., aspecto que de ninguna manera exige la usurpación de una competencia delegada a otro órgano jurisdiccional, ya que el eventual incumplimiento en la ejecución de un contrato que tenga alcance civil o comercial en materia regulatoria administrativa necesariamente debe estar intrínsecamente ligado con disposiciones legales administrativas y de carácter regulatorio...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 033/2011 de 13 de julio de 2011).

C.3. Concursos de Infracciones

“...EL CONCURSO DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.-

El Decreto Supremo N° 26156, Reglamento de Sanciones para el Mercado de Valores señala:

“ARTICULO 7.-Para los efectos de la aplicación de lo establecido por el presente Decreto Supremo, se entenderá que (...)”

- a) **“Cuando con un solo acto, hecho u omisión se infringieren diversas disposiciones legales, deberá aplicarse la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere sancionada con multa, se incrementará hasta un veinticinco por ciento (25%) de dicha sanción.”**
- b) **Cuando concurren varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere**

sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.”

Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó en su Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2010 de 25 de agosto de 2010 a fs. 587 que:

“ (...) b) los hechos imputados se encuentran plenamente probados y calificados como infracciones relacionadas, entre sí por lo que, en cumplimiento del artículo 7 inciso b) del Decreto Supremo Nº 26156 (concurso de infracciones) corresponde aplicar la sanción que corresponda a la sanción más grave, detectada en esta Resolución en el primer cargo hasta el veinticinco por ciento (25%) a las infracciones imputadas y analizadas en el texto de la presente Resolución; c) a las infracciones o contravenciones se aplican las disposiciones legales de cada sector, es decir, que para el caso en particular deberá aplicarse el Decreto Supremo Nº 26156 que aprueba Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley de Mercado de Valores”

De lo transcrito se tiene que la ASFI ha interpretado erróneamente la norma correspondiente al inc. b) del artículo 7 del Decreto Supremo Nº 26156 ya que este refiere que cuando en un **solo acto hecho u omisión se infringieren diversas Disposiciones legales**, deberá aplicarse la sanción **que corresponda a la infracción más grave**.

Nótese en este punto que la ASFI pese a lo establecido en la norma sanciona al recurrente por la infracción primera, segunda y tercera, agravando a un más la primera.

Cuando la norma claramente establece que cuando exista concurso ideal de infracciones la misma deberá sancionar **la infracción más grave es decir la primera e incrementar está en un 25% más por las otras infracciones cometidas** (y no así sancionar las tres infracciones y agravar aún más la primera) ya que cuando existe concurso de infracciones no se sancionan por cada una de ellas de manera aislada, **sino que aplicadas las mismas, debe tomarse aquella que ha sido calificada como la más grave (de mayor cuantía) agravando esta en 25%**.

Asimismo, la práctica jurídica y la doctrina establecen que las sanciones que aplican por un Concurso de Infracciones, además de estar respaldadas en normativa, deben ser identificadas y tipificados de manera separada de acuerdo a cada caso, individualizando la conducta, el tipo y la sanción que corresponda para luego imponer un incremento en la sanción que corresponda.

Por lo que, queda claro que dentro los parámetros de sanción la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de imponer sanción pecuniaria por los cargos 1,2,3 de manera previa debió establecer una multa individualizada a cada infracción y posteriormente aplicar el procedimiento establecido en caso de Concurso de Infracciones, situación que no ocurrió y simplemente emitió la Resolución administrativa sin mayor fundamentación que la determinación del monto final de sanción a imponerse.

Ahora bien, en cuanto al principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá considerar lo señalado ya en el concurso de infracciones, así como deberá fundamentar su decisión en los parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad mismos que fueron ampliamente desarrollados a través de la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) que ha establecido que:

“el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (...)

(...)En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

*Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador **a)** la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia,

imprudencia, impericia o reiteración, **b)** naturaleza de los perjuicios causados **c)** la reincidencia en la comisión..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de 20 de enero de 2011).

C.3.1. Concursos de Infracciones

"...El Reglamento de Sanciones para el Mercado de Valores, se encuentra normado por el Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, que en su Artículo 7 determina refiere al Concurso de Infracciones, al determinar lo siguiente:

"ARTICULO 7° (Reincidencia y concurso de infracciones).- Para los efectos de la aplicación de lo establecido por el presente Decreto Supremo, se entenderá que:

a) Habrá reincidencia siempre que el infractor sancionado mediante Resolución Administrativa que haya causado estado, incurra en la misma infracción que provocó la Resolución Administrativa señalada.

La reincidencia será sancionada con el incremento de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la sanción aplicada a la infracción por la cual se incurrió en reincidencia, salvo el caso de lo establecido por el inciso b) del artículo 12° siguiente, respecto a la reincidencia de infracciones sancionadas con amonestación.

b) Cuando con un sólo acto, hecho u omisión se infringieren diversas disposiciones legales, deberá aplicarse la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere sancionada con multa, se incrementará hasta un veinticinco por ciento (25%) de dicha sanción.

c) Cuando concurren varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción." (Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019 /2010 de 29 de junio de 2010, que sobre el particular determinó:

"...Como dice Alejandro Nieto García ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 el Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una

secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentra agrupadas en la clase.

Estas fases citadas por la lege ferenda y aplicadas al derecho positivo de Valores son: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación de la sanción interesando al caso de análisis los tres (3) últimos...”

Habiendo procedido a la revisión sobre la normativa aplicable y el precedente de esta instancia, corresponde compulsar los argumentos esgrimidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a saber:

- a) Procedió a la de los dieciocho cargos a los diferentes tipos administrativos.
- b) Comprobó la existencia de dieciocho omisiones o incumplimientos a la normativa.
- c) Determinó que los dieciocho cargos estaban relacionados entre sí, basando dicha conclusión debido a la inspección realizada el 7 de febrero de 2011, y por lo tanto estableciendo la aplicación del inc. c) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas para el Mercado de Valores.
- d) Al determinarse la Concurrencia de Infracciones, procedió a la imposición de la multa siguiendo el procedimiento establecido en dicha normativa, habiendo establecido que la infracción más grave se halla en el incumplimiento detectado en el Cargo 18, (al haberse anticipado la suma de \$us.154.423, 81 como dividendos, a su accionista mayoritario), aplicando para este caso la sanción de multa de Primer Rango.
- e) Determinó una multa calculada en Bolivianos equivalente a \$us10.000.00 (Diez Mil 00/100 Dólares Americanos), de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.
- f) Que de igual modo, determinó aplicar la sanción a la infracción más grave y ésta a su vez fue incrementada en un cincuenta por ciento (50%), en razón a la concurrencia de las otras infracciones y a la gravedad de los hechos y omisiones detectada, conforme lo establece el Decreto Supremo N° 216156.

De lo expuesto, y subsumiendo a la presente compulsas, tenemos que en el presente caso, existen varias acciones u omisiones que constituyeron infracciones diferentes, **mismas que se encuentran relacionadas** por los procesos operativos, los

registros contables y el sistema de control interno, **analizados en la Inspección de fecha 7 de febrero de 2011**, en la cual se determinaron dieciocho (18) infracciones a la Ley del Mercado de Valores, normativa para agencias de bolsa, normativa interna y otra reglamentación emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Por lo que, en el presente caso, correspondió aplicar el inc. c) del artículo 7 del Decreto Supremo N° 26156, estableciéndose la sanción mayor a la infracción, para luego incrementar ésta en un cincuenta por ciento (50%) más.

No se debe olvidar que uno de los objetivos del concurso de infracciones, es agrupar a aquellas que se encuentren relacionadas y sancionar sólo por la infracción más grave, agravando ésta en un cincuenta por ciento (50%) y no así sancionar por cada infracción de manera aislada, esto precisamente en virtud al principio de absorción.

Para mayor abundamiento, nos remitiremos al ámbito penal donde el concurso de delitos tiene las mismas características y connotaciones que en el concurso de infracciones en el ámbito administrativo.

Así, en materia penal, se cuenta con el Concurso Ideal y Concurso Real de delitos, entendido el primero como aquel que se da cuando en una sola acción u omisión se configuran uno o más delitos; es decir, cuando una misma acción u omisión infringe varios tipos legales o infringe el mismo tipo varias veces.

Ahora bien, el concurso real, (que en materia administrativa puede ser asemejado al establecido en el inc. c) del artículo 7 del Reglamento de Sanciones para el Mercado de Valores), se da cuando concurren varias acciones o hechos autónomos, es decir, que cada uno constituye un delito particular e independiente, aunque puedan merecer un sólo procedimiento penal, un ejemplo claro: el asesinato y el robo, dos conductas independientes que van a hacer al concurso real.

El Código Penal define al concurso real de delito en el artículo 45, señalando "el que con designios independientes, con una o más acciones u omisiones, cometiere dos o más delitos, será sancionado con la pena del más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2012 de 05 de abril de 2012).

C.4. De la existencia de la cosa juzgada en materia administrativa

"...El procedimiento administrativo establece etapas procesales que concluyen con la instancia jerárquica que detenta la competencia de emitir pronunciamiento final en la vía administrativa y sus decisiones causan estado y

son firmes en dicha vía; sin perjuicio de que estas puedan ser objeto de revisión en la jurisdicción contenciosa administrativa. El procedimiento administrativo es claro al establecer la instancia jerárquica como el fin de la vía administrativa, que si bien el pronunciamiento puede ser objeto de revisión por autoridad judicial contenciosa administrativa, ello no implica el carácter de firmeza del acto emitido hasta que autoridad competente no declare su nulidad, lo revoque, etc.

Asimismo, si bien se podría decir que en materia administrativa no existe la calidad de cosa juzgada, esta afirmación es como consecuencia de que las resoluciones emitidas por la administración pública pueden ser objeto de revisión ante autoridad jurisdiccional a través de una demanda contenciosa administrativa, empero la calidad de resolución firme en sede administrativa y con la presunción de legalidad que se le otorga se mantiene vigente en tanto el acto no sea declarado nulo o revocado por autoridad competente; causando estado conforme lo prevé las disposiciones legales administrativas, y el posterior pronunciamiento judicial podría disponer la nulidad del acto administrativo emitido y cesar en sus efectos pudiendo recién la administración pública rever su pronunciamiento.

Asimismo, la Constitución Política del Estado establece la independencia de poderes otorgándoles competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia, de modo que la separación de funciones tiene como objetivo evitar el abuso del poder evitando su concentración en un solo órgano. La administración pública dependiente del órgano Ejecutivo como órgano de poder constitucionalmente reconocido tiene plena competencia para emitir pronunciamientos que a su materia corresponda y que estos tengan la calidad de firme y ejecutable en la vía administrativa, en tanto la autoridad competente no se pronuncie en contrario..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2011 de 24 de junio de 2011).

C.5. De la Culpa

"...Con relación al elemento daño al que hace referencia el recurrente como uno de los requisitos configurativos de la culpa, cabe aclarar que el daño constituye una consecuencia de la acción antijurídica cometida y la ausencia de este, no exime de la responsabilidad del actor de que haya contravenido un determinada disposición legal, ya que el daño constituye también una causal de agravante de la acción antijurídica cometida que influirá en la cuantía de la imposición de la sanción. En el presente caso la ASFI manifestó que la conducta del regulado no causó daño a terceros ni al mercado, pero este hecho no libera de la responsabilidad de que evidentemente se cometió una infracción y que si bien no

hubo daño; sí hubo un riesgo de causar un eventual perjuicio al mercado y/o terceros, elemento configurativo (Riesgo), para la aplicación de una sanción.

Corroborando lo glosado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha desarrollado de manera ilustrativa el principio de culpabilidad en materia legal dividiéndolos en dos aspectos donde principalmente se rescata que sin culpa no hay pena y que no hay pena si la conducta no es reprochable, por lo que queda claro que la conducta del recurrente a momento de cometer la infracción fue culpable y estrictamente atribuible a éste y no a factores externos que podrían haberlo eximido de la responsabilidad.

Finalmente el pretender atribuirse el error en la valoración de los DPF's a una errada apreciación de la realidad y no de una acción deliberada de infringir la norma carece de lógica jurídica debido a que la metodología de valoración de Depósitos a Plazo Fijo se encuentra normada mediante disposición expresa (Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 751 de 8 de diciembre de 2004), que el administrado tienen la obligación de cumplirla sin realizar apreciaciones ni valoraciones de carácter subjetivo..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2011 de 28 de enero de 2011).



D.1. Debido Proceso

D.1.1. Debido Proceso

“...El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental del administrado y consiste, conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, el ofrecer y producir pruebas, y obtener decisiones fundadas o motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa.

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído a presentar pruebas, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de 20 de enero de 2011).

D.1.2. Debido Proceso

“...De esta manera, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva situación jurídica, cuando quiera que la autoridad administrativa deba aplicar la ley en el conocimiento de un hecho o de una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia como valor reconocido por los artículos 8, parágrafo II, y 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, y se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su ordenado funcionamiento, por virtud de los cuales, es necesario otorgar a los administrados la oportunidad de producir las pruebas que demuestren sus derechos, actuación que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y de la ley en el ejercicio de sus funciones, bajo pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa y de vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 037/2011 de 15 de agosto de 2011).

D.1.3. Debido Proceso

"...Corresponde a la noción del debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva situación jurídica, cuando quiera que la autoridad administrativa deba aplicar la ley en el conocimiento de un hecho o de una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia como valor reconocido por los artículos 8, parágrafo II, y 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, y se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su ordenado funcionamiento, que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y de la ley en el ejercicio de sus funciones, bajo pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa y de vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración a efecto de evitar una violación al derecho de petición y de obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24º de la Constitución Política del Estado, el que señala:

“Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2012 de 09 de marzo de 2012).

D.2. Daño

“...cabe aclarar que el daño constituye una consecuencia de la acción antijurídica cometida y la ausencia de este, no exime de la responsabilidad del actor de que haya contravenido un determinada disposición legal, ya que el daño constituye también una causal de agravante de la acción antijurídica cometida que influirá en la cuantía de la imposición de la sanción...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2011 de 28 de enero de 2011).

D.3. De los Derechos Ejercidos

“...Los derechos son ejercidos por las personas, ya sean estas jurídicas o naturales; derechos en los que se encuentran la facultad de solicitar la protección de estos mediante las vías legales que el Estado otorga a través de sus diferentes órganos de poder, es en este sentido que éstas personas son quienes deben ejercer ese derecho y acudir ante autoridad competente a dirimir una determinada pretensión...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2011 de 09 de marzo de 2011).

D.4. Del Derecho de Petición

“...El derecho de petición no solamente está plasmado como un objeto de la Ley de Procedimiento Administrativo sino que corresponde a un derecho fundamental plasmado en la propia Constitución Política del Estado que se traduce en la facultad o potestad de toda persona, ya sea natural o jurídica, individual o colectiva se dirija o acuda ante autoridad pública en busca de una respuesta rápida y oportuna a las solicitudes que pudieren realizarse; sin embargo el sentido de la resolución dependerán de las circunstancias de cada caso en particular y el sometimiento a un procedimiento legalmente establecido

*Ahora bien, si bien el derecho de petición exige una respuesta pronta y fundamentada, dicha respuesta debe cumplir con el procedimiento legalmente establecido sin mayores dilaciones, y el pretender suprimir plazos y procedimiento **no es hacer efectivo un derecho con prontitud sino es ir contra la norma,** vulnerando el procedimiento legalmente establecido, actuando de manera*

arbitraria frente a lo que establecen las disposiciones legales con el frágil argumento de hacer efectivo este derecho...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011 de 09 de junio de 2011).

D.4.1. Del Derecho de Petición

“...La Autoridad Fiscalizadora, no puede soslayar el derecho fundamental que tiene el administrado, a formular peticiones ante cualquier Autoridad, y la obligación de recibir una respuesta debidamente fundamentada por parte de la Administración Pública, sea esta positiva o negativa.

En ese orden de ideas, cabe recordar a la Autoridad Fiscalizadora, que el derecho a la petición, se encuentra subsumido a la obligación de la Administración de formular una respuesta debida y legalmente fundamentada, sin que ello signifique que se constituye en una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración hacia el administrado.

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, determina en su Artículo 16, inciso a) y h) como los derechos de los administrados los siguientes:

*“a) formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente
... h) obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen”.*

Por su parte el Artículo 28, incisos b) y e), del mismo cuerpo legal citado precedentemente determina como elemento esencial del acto administrativo el fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

Es así que, la motivación de los actos administrativos conforme se ha establecido en los precedentes administrativos dados por este Ministerio constituye el elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por Ley de Procedimiento Administrativo, implicando que la Administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases por las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica al proceso (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009.)

Congruentemente con lo señalado por la normativa y el precedente citado, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2010 de 16 de junio de 2010, especifica que el pronunciamiento administrativo, debe contar con la

relación lógica de los elementos que se señala, dando certidumbre jurídica al administrado en sentido de que la decisión que está tomando tenga estricta congruencia entre los agravios alegados, los hechos suscitados y la aplicación de la norma.

Por lo tanto, y subsumiendo la norma legal aplicable, los precedentes anotados, y en especial el debido proceso que debe seguirse, queda claro, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha atendido la petición del administrado, al no fundamentar ni positiva ni negativamente su respuesta respecto a todos los argumentos expuestos...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2011 de 03 de agosto de 2011).

D.5. Del Derecho a la Seguridad Social

“...El Derecho a la Seguridad Social goza de la protección del Estado por cuanto se constituye en un derecho fundamental de trascendencia constitucional y de interés público; consiguientemente, cualquier registro que la norma disponga y que tenga que ver con el mismo, resulta en un registro público, independientemente de quién sea el que lo administre (o el Estado directamente o a través de un administrador privado delegado), y de la forma o motivo para ello...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2011 de 23 de diciembre de 2011).

D.6. De la Facultad Discrecional

D.6.1. De la Facultad Discrecional de la Entidad Reguladora

“...corresponde revisar que se entiende por facultad discrecional, por lo que corresponde revisar la amplia doctrina y en especial al Dr. Jaime Pozo Chamorro, quienes de manera unánime, determinan que la **potestad discrecional**, otorga un **margen de libertad de apreciación de la autoridad**, quien realizando una **valoración** un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que **goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal**, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino **justamente sólo en virtud de la Ley** y en la medida en que la ley haya dispuesto.

Entonces, -según señala el Autor- la discrecionalidad, no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal lo permite. **En consecuencia, la**

discrecionalidad debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

El Dr. Jaime Pozo Chamorro, también expresa la importancia de distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, categorías que constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. **La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley.** Por lo que queda claro, que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal, que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011).

D.6.2. De la Discrecional Reglada de la Entidad Reguladora

“...la discrecionalidad (reglada) que cuenta el Órgano Fiscalizador para graduar y determinar el importe de la multa se encuentra claramente normada (dentro de los límites establecidos en el Artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas), no habiendo la normativa otorgado facultad discrecional a la Autoridad Fiscalizadora de sancionar o no pecuniariamente, o en su caso imponer amonestación, como asevera el recurrente.

Si la autoridad Fiscalizadora, no diera cumplimiento a la determinación expresa de la norma vigente y firme en sede administrativa, sería sujeto de responsabilidad y justamente haría que la administración recaiga en la arbitrariedad...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011).



E.1. De la Excusa Absolutoria en materia administrativa

“...Si bien es cierto que en materia de Derecho Administrativo Sancionador rigen principios del derecho penal y las mismas deben aplicarse dentro de los procesos administrativos cuando así correspondiese, esto justamente en virtud a garantizar los derechos fundamentales de la persona ante cualquier función punitiva del Estado.

Sin embargo, la aplicación de estos principios o figuras penales no son absolutas, existiendo por ende principios y figuras propias y especiales para el ámbito penal, así como para el ámbito administrativo y otros que convergen tanto en ámbito penal como administrativo como ser los principios de tipicidad y legalidad, principios de reserva de ley, “non bis in idem”, debido proceso dentro de todas sus connotaciones, por lo que, al momento de la aplicación de un principio general o una figura penal, como es en este caso la excusa absolutoria solicitada por el recurrente se debe ver la pertinencia y el grado de exigencia y de aplicación, que esta tendrá al ámbito administrativo, no pudiendo por ende aplicar todas las figuras penales a los procesos administrativos de hecho.

Que como bien ya dijo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, esta figura del ámbito penal, no puede ser considerada dentro de un proceso sancionatorio administrativo debido a que no concurren los mismos elementos y situaciones, toda vez que la excusa absolutoria en materia penal podrá darse cuando exista la comisión de un delito por parte de una persona y que el mismo no se configurara como delito, debido a que existe una razón de utilidad pública que exime de responsabilidad al autor.

Que en el presente caso, no existe la comisión de un delito sino la comisión de una infracción, la misma que tienen otra naturaleza y objetivo diferente a las sanciones penales, que a su vez, no existe una justificación de utilidad pública como pretende hacer creer el recurrente.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas “en cuanto a la utilidad pública señala “Todo lo que resulta de interés o conveniencia para el bien colectivo, para la masa de individuos que componen el Estado; o, con mayor amplitud la para la humanidad en su conjunto...” quedando claro entonces que en el presente caso no existe la figura de utilidad pública.

Que si bien el artículo 331 de la Constitución Política del Estado hace referencia:

“Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.”

Este artículo hace referencia a la obligación y a la finalidad del Estado a promover y tomar decisiones económicas que busquen el mejor desarrollo de los Servicios Financieros y el mejor aprovechamiento e inversión del ahorro

Por último, se debe traer a colación lo argumentado por el recurrente que en la última parte de su Recurso Jerárquico específicamente en la parte de conclusiones, así como en el petitorio, que señala:

“...CONCLUSIÓN

En mérito a lo expuesto, en la instancia jerárquica solicito tomar en cuenta que la inexistencia de dolo o culpa y la concurrencia de EXCUSA ABSOLUTORIA, respecto a la otorgación del crédito a la empresa BBR S.A. con el propósito de que aplicando simultáneamente el Principio de Buena Fe del Derecho Administrativo, establecido en el artículo 4 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, se proceda a la eliminación de la sanción pecuniaria y mutándola a la sanción de amonestación establecida en el artículo 79 inciso a) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras....”.

PETITORIO

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52 a 60 del Reglamento de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N°27175 solicito: Por parte de Autoridad Jerárquica, revocar totalmente la Resolución ASFI N°124/2011 del 11 de febrero de 2011 que ratifica la Resolución ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010, por presunto Incumplimiento al inciso f) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) en la otorgación de un crédito a la empresa BBR S.A. que sobrepasa el límite legal del 3% del patrimonio neto de la entidad.

De lo transcrito, se tiene que en la parte de conclusiones, el recurrente solicita la eliminación de la sanción en virtud a la excusa absolutoria, que a su vez, este solicita en la misma parte de conclusiones que la sanción pecuniaria sea mutada a una sanción de amonestación establecida en el artículo 99 inciso a) de la Ley N°1488 y ya en el petitorio solicita que se Revoque Totalmente la Resolución ASFI N°124/2011 de 11 de febrero de 2011.

Por lo anterior, se evidencia la confusión que existe por parte del recurrente entre lo que se entiende por Revocar Totalmente, establecer una Sanción de Amonestación y una Conducta Absolutoria, teniendo estos tres conceptos finalidades diferentes no pudiendo estas ser aplicadas simultáneamente por lo que pasamos a desarrollar los conceptos de cada una de ellas para su correcta aplicación:

Revocar.- El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas "Dejar sin efecto una declaración de voluntad o un acto jurídico en que unilateralmente se tenga tal potestad..." a su vez el artículo 43 inc. b) Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado a través de Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003 determina: "Revocatorias- Cuyo alcance podrá ser total, cuando pronunciándole sobre el fondo deje sin efecto la resolución recurrida o, parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, dejan sin efecto parte de la resolución recurrida."

Amonestación.- El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas refiere: "Advertencia, generalmente de palabra, aunque pueda hacerse también por escrito, dirigida como corrección disciplinaria a un subordinado en el orden judicial, represión o apercibimiento..."

Excusa Absolutoria.- El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas señala: "Causa de impunidad establecida por la ley fundándose en motivos de utilidad pública o interés social. Aun reconociendo la antijuricidad del hecho o de la omisión, y la imputabilidad y culpabilidad del agente, no se aplica pena".

Por lo expuesto, queda claro, que no corresponde su aplicación, al no configurarse los elementos que sustentan los tres conceptos, cual se desarrolló en los incisos anteriores del presente numeral..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011).

E.2. Exposición Oral de Fundamentos

"...Debe quedar claro que la exposición de una posición personal, como la que importan los **fundamentos o alegatos, no constituye una actividad probatoria sino una conclusiva**, pues por la misma no se desarrollan los métodos de averiguación y comprobación que hacen al sentido jurídico procesal -propios de la probanza-, sino que se interpreta los ya existentes en la posición particular de quien los expone.

Dependiendo de las exigencias propias para cada clase de prueba (conforme se las exponen en los artículos 47 y 48 de la Ley N° 2341, 88 al 92 del Decreto

Supremo N° 27113, y 29, 30 y 50 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175), entonces cuando su producción exige la realización de una audiencia, la misma se convoca bajo el presupuesto -oficioso o a petición de parte- de que existen elementos susceptibles de comprobación necesaria que hacen al extremo controvertido; sin este presupuesto no hay lugar a audiencia de prueba alguna en la que se la deba producir.

No sucede lo mismo cuando una autoridad o servidor público ha de escuchar, directamente y de propia voz del administrado, su exposición sobre su particular visión de determinadas cosas: al tratarse aquí necesariamente de una **exposición oral**, no existe ninguna otra forma de realizarse sino es a través de una audiencia, entendida por el Diccionario como "el Acto de oír las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo".

Aún así, la figura de la Exposición oral de fundamentos es propia del procedimiento del Recurso Jerárquico, conforme se halla implementada en el artículo 58 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, no existiendo figura similar para el Recurso de Revocatoria; el ente regulador ha amparado el señalamiento en el artículo 67, parágrafo IV del mismo Reglamento. Amén de la inexistencia de tal parágrafo -atribuible al error en la edición publicada por la ex Superintendencia General del SIREFI del año 2004-, el artículo aludido corresponde a la etapa inicial del procedimiento administrativo sancionador, no al procedimiento del Recurso de Revocatoria, estado en el que en ese momento se encontraba el proceso dada la disposición de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°17/2011.

No obstante de la inaplicable fundamentación legal que para el señalamiento de fecha 29 de agosto de 2011 ha hecho la autoridad recurrida, debe quedar claro que "toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente (artículo 120, parágrafo II de la Constitución Política del Estado)" y que en materia administrativa, cuando el señalamiento de audiencia -su convocatoria- no resulte en un procedimiento obligatorio, queda librado a la decisión potestativa del administrador, conforme lo señala el artículo 50, numeral I, de la Ley N° 2341, norma que ha sido mencionada por la propia recurrente en alusión al requisito "cuando... afecte a sectores profesionales, económicos o sociales legalmente organizados", el que sin embargo se encuentra precedido (con el **carácter disyuntivo** que importa el uso de la conjunción 'o'), por el otro requisito: "cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera", por tanto y en definitiva, resulta en una atribución propia y privativa del administrador.

La Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos importa una actuación activa del administrado a quien se le escucha, no del administrador quien se limita a escuchar sin pronunciar de ello ningún acto administrativo, entonces no puede

pretenderse que del simple ejercicio de tal derecho vaya a devenir un perjuicio futuro, máxime si, como en el caso y de la atenta lectura del texto íntegro de Resolución Administrativa impugnada (ASFI/Nº 682/2011, complementada, aclarada y enmendada por la ASFI/Nº 717/2011) se tiene que la audiencia de fecha 1º de septiembre de 2011 no ha hecho a los antecedentes considerativos de la decisión final...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2012 de 02 de marzo de 2012).

E.3. Del Error al Escribir (Lapsus Calamis)

“...Se tiene que efectivamente existe un error en la fecha de la emisión de la Resolución, sin embargo el mismo puede atribuirse a un lapsus calamis, es decir a una equivocación o error que se comete al escribir, que sin embargo se tiene que el Ente Regulador subsanó ya en la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa ASFI Nº 263-2011 de 26 de agosto de 2011, haciendo referencia justamente a la Resolución correcta, por lo que de ninguna manera este error de escritura puede ser considerado como una incongruencia que conlleve a la nulidad o anulabilidad de este proceso.

Que a su vez si este hecho hubiera causado gran confusión al recurrente, éste pudo haber solicitado al ente regulador que el mismo sea corregido conforme lo establece el Artículo 31 de la Ley del Procedimiento Administrativo que señala:

“(Correcciones de Errores). Las entidades públicas corregirán en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos que existan en sus actos, sin alterar sustancialmente la Resolución “

Caso contrario la AFP pudo haber solicitado una complementación y enmienda conforme lo establece el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, que en su artículo 36, establece:

“... I. Los administrados que intervengan en el procedimiento **podrán solicitar, dentro de los (3) días siguientes a su notificación, aclaración de los actos administrativos** que presenten contradicciones y/o ambigüedades, así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la resolución(...)” (Negritas y subrayado insertos son nuestros).

Por lo expuesto precedentemente, el no haber solicitado al Ente Regulador, en su debida oportunidad, tanto la corrección del número de Resolución o en su caso la complementación y enmienda respectiva que aclara la Resolución, hace que

el recurrente haya consentido la misma, aceptándola como correcta, situación que le impide ahora solicitar la nulidad absoluta o relativa, más aún si ésta ha sido corregida en la parte Resolutiva del acto administrativo hoy observado...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2012 de 26 de enero de 2012).



F.1. De la Falta de Fundamentación del Regulador

"...el Ente Regulador no ha fundamentado debidamente su Resolución Administrativa, permitiendo que el recurrente considere que su rechazo se ha debido a la subjetividad y discrecionalidad de la Autoridad, por lo que, queda claro que se ha transgredido el debido proceso, siendo obligación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, fundamentar de forma clara y puntual sea la aceptación o en su caso el rechazo, y no permitir que el análisis sea librado por elementos subjetivos.

Sobre el tema, corresponde revisar el precedente ya sentado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso se ha determinado:

"...por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010- Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:

"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad

alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otra, señalando que:

"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras

garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)...."

Es así que, una vez cumplido a cabalidad el debido proceso, el Ente Regulador, deberá pronunciarse técnica y legalmente sobre la solicitud del Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A., (en formación), y determinar de manera cierta y evidente cuál es el motivo del rechazo, señalando la causal y desarrollándola, cual en derecho hubiera correspondido.

Por lo señalado, dentro de la competencia de esta instancia jerárquica respecto al control de legalidad del proceso administrativo seguido, detecta –conforme ya se señaló- que no se ha cumplido con el principio del Debido Proceso, fundamentación y demás preceptos y principios administrativos. Concluyendo que el Ente Regulador, no ha emitido la debida fundamentación y ni se ha pronunciado debidamente sobre cuales habrían sido las causas para el rechazo de la solicitud de Constitución del Fondo.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2011 de 09 de diciembre de 2011).



G.1. De la Calificación de la Gravedad de las Sanciones

“...importa un análisis de la norma, en la que la Autoridad Fiscalizadora debe enmarcarse para la determinación de la gravedad, es así que debemos revisar el Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, que en su artículo 286 determina:

“(CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:

- a) *Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.*
- b) *Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa **y causen daño.***
- c) **Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.**
- d) **Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado.”** (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces de la lectura precisa de la normativa aplicable, tenemos que la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con ciertos elementos identificadores que permitan determinar la misma.

Los elementos configuradores de la **Gravedad Leve** son: la preterintencionalidad, la inexistencia de beneficio propio o de personas relacionadas y consecuentemente la inexistencia de daño.

Por su parte, los elementos de la **Gravedad Levísima** son: la comisión (acción u omisión) sin intención y la inexistencia de daño.

Conforme se evidencia de la correcta lectura de la norma, el elemento diferenciador entre Gravedad Leve y Gravedad Levísima -pretendida por la recurrente- es que la infracción (acción u omisión) se haya producido con preterintencionalidad..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2012 de 14 de febrero de 2012).



I.1. Incongruencia del Recurso Jerárquico

“...Habiendo realizado una valoración sobre los plazos procesales respecto al presente recurso es necesario precisar ciertas consideraciones de orden legal sobre el Recurso Jerárquico interpuesto.

Como se podrá apreciar de la lectura del memorial presentado por Javier Hinojosa en fecha 08 de junio de 2011, este interpone Recurso Jerárquico realizando una fundamentación sobre el fondo del proceso administrativo obviando el hecho de que la Resolución Administrativa 395/2011 de 06 de mayo de 2011 declara la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la resolución Administrativa 266/2011 de 10 de marzo de 2011.

Al respecto el derecho de impugnación en materia administrativa es irrestricto a favor del administrado, empero este debe cumplir con requisitos esenciales a momento de impugnar un acto administrativo en concreto expresando de manera clara y concisa los agravios sufridos en la emisión de la Resolución Administrativa y cual los derechos vulnerados con esta

Sin embargo, como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse de tal modo que la petición tenga la suficiente congruencia sobre los agravios sufridos con el acto impugnado; así lo norma el artículo 58 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que establece que los recursos administrativos debe ser presentados de manera fundada, cumpliendo con los requisitos y formalidades, en los plazos que establece la Ley; quedando claro que dentro los requisitos de impugnación de un acto administrativo esta pues el manifestar de manera fundada el agravio sufrido en la Resolución Administrativa ahora impugnada.

De la lectura de los antecedentes glosados ut supra, esta demás señalar que el Recurso Jerárquico interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución Administrativa 395/2011 de 06 de mayo de 2011 versa sobre aspectos de fondo señalados en la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI N° 266/2011 de 10 de marzo de 2011, que no puede ser valorada por instancia jerárquica; primero porque se estaría atentando contra el principio de jerarquía procesal, siendo instancia revocatoria la llamada por ley a resolver una impugnación de una Resolución Administrativa sancionatoria; y segundo porque el derecho de

impugnación de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2011 – de acuerdo a lo manifestado por la autoridad supervisora – habría precluido por vencimiento del plazo fatal para su impugnación...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2011 de 02 de septiembre de 2011).

I.2. Irrecubilidad del Informe

*“...El Recurso Jerárquico del **FONDO FINANCIERO (...)** **SOCIEDAD ANÓNIMA**, acusa que el informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012 “adolece de varios vicios de interpretación técnico legal”, para concluir que:*

“...queda demostrado que el Informe ASFI/DSR I/R- 30224/2012 del 13 de marzo de 2012, no cumple con el requisito establecido en el artículo 28 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, por cuanto contiene imprecisiones legales y además es incompleto en relación a todos los argumentos expuestos y desarrollados en el memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto el 18 de abril de 2012...”

La mención anterior determina que, en cuanto a este punto, no obstante que el Recurso Jerárquico debe hacer a la oportunidad procesal de impugnación contra la resolución del Recurso de Revocatoria (Art. 52º, Reglamento aprobado por el D.S. N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), en el caso de autos no esté delimitado a tal pronunciamiento, sino a un anterior informe interno del órgano regulador; entonces resulta que en los hechos y conforme se desprende la lectura del inciso a) -acápite V- del Recurso Jerárquico presentado, lo que se daría a entender es que se estaría impugnando es el informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012.

*Entonces así expuesta, la controversia planteada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO (...)** **SOCIEDAD ANÓNIMA** está referida a su disconformidad para con el contenido del informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, emitido por los servidores públicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Consiguientemente, cabe precisar que las actividades que en ejercicio de sus funciones realicen las restantes servidoras o servidores públicos de tal Autoridad (Supervisora de Riesgo Legal, Jefe de Riesgos DSR I y Director de Supervisión de Riesgos I, entre otros) están subordinadas, funcional y jerárquicamente, a las determinaciones legítimas de su Directora Ejecutiva o Director Ejecutivo, quien plasmará sus definiciones sea tomando en cuenta los argumentos de los informes presentados a la mismas o separándose de ellos, en actos administrativos impugnables, que en el caso de autos es la Resolución Administrativa.

Es así que el informe como tal, tiene por naturaleza una de las tantas operaciones intelectuales que son menester realizar para dictar la Resolución a la que corresponde y que bien podría ser realizada por la propia Autoridad, toda vez que "los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos" (Art. 48, Pár. II, Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo), pero que **de ninguna manera constituye un acto administrativo**, sino un parecer, un dictamen o una opinión técnica idónea, de ninguna manera con carácter o contenido normativo o dispositivo que sea susceptible de impugnación.

En ello se concluye, porque el artículo 28° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, establece que **la competencia** es uno de los elementos esenciales del acto administrativo ("Ser dictado por autoridad competente"), y el artículo 17°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es más específico -conforme lo exige la materia-, cuando señala que la "Resolución Administrativa es aquel **acto administrativo** que expresa la decisión **de la autoridad reguladora...**, emitida por las Superintendencias del SIREFI -aquí léase la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en virtud al artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009- en ejercicio de sus potestades públicas y que **produce efectos obligatorios sobre los administrados**".

Dentro del contexto teórico que se tiene en cuenta para el caso en concreto, Andrés Serra Rojas señala que:

"...en todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por ley, de los cuales depende su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares. Estos actos tienden a crear una situación jurídica nueva, a modificar una situación existente o suprimirla", y Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo, refiere que acto administrativo es "toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos".

En ese sentido, queda claro que como documento de uso interno de una entidad pública, un informe está en definitiva dirigido a la máxima autoridad de tal entidad, por cuanto, es ella la única que tiene facultades declarativas, dispositivas o decisorias sobre los temas materia de su competencia, resultando tal competencia irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio (artículos 5°, Par. II, y 27° de la Ley N° 2341), determinando que las **actuaciones administrativas** de las servidoras y servidores públicos subordinados no adquieran la calidad de **actos administrativos**, por cuanto son "nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley" (Art. 122°, Constitución Política del Estado).

Entonces, corresponde a la máxima autoridad, dentro de la actividad intelectual necesaria para la toma de decisión que importa la Resolución, considerar los datos contenidos en el informe, para su examen y aplicación dentro de los alcances del mencionado artículo 48º, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

Lo anterior no importa sugerir que el contenido del informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, resulte per se una verdad jurídica inamovible, más por el contrario, de lo que se trata es que, **fuere cual fuere el contenido del informe, no es el mismo el que pueda ocasionar agravio alguno al administrado, si dichos argumentos no se encuentran plasmados en la Resolución Administrativa emitida por Autoridad competente.**

Ahora bien; si el informe es tenido en cuenta por la máxima autoridad ejecutiva a los fines de su Resolución, ello se constatará en el tenor de la misma, dentro de su parte de fundamentos (considerativa), conforme lo determina el artículo 52º, parágrafo III (La aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamentación a la resolución cuando se incorporen al texto de ella) de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

Entonces, **sólo cuando el contenido del informe sea incorporado a la decisión de la máxima autoridad administrativa y sirve para fundamentar la decisión, puede pretenderse recurrir tal contenido, pero claro ya la impugnación se centrará en la Resolución Administrativa correspondiente.**

De manera tal que, **no es admisible en Derecho pretender impugnar un informe**, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional (ahora Tribunal Constitucional Plurinacional) conforme a la transcripción siguiente:

“...es necesario aclarar que estos documentos no constituyen ni generan actos administrativos definitivos, pueden o no ser asumidos por las autoridades encargadas de la toma de decisiones; y en consecuencia, no se puede exigir su impugnación mediante los recursos de revocatoria o jerárquico...” (Sentencia Constitucional 0612/2010-R de 19 de julio de 2010).

Lo anterior da lugar a inferirse que, lo que el recurrente **FONDO FINANCIERO PRIVADO (...) SOCIEDAD ANÓNIMA** pretende, impugnar el informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, que conforme se ha argumentado resulta inadmisibles por cuanto los mismos no son objeto de impugnación...”
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 058/2012 de 5 de octubre de 2012).

I.3. Impedimento Sobreviniente

“...En materia administrativa, las entidades reguladas, los administrados, así como los legítimos interesados se encuentran obligados a dar cumplimiento a los plazos, mismos que son fatales al estar expresamente determinados en la norma aplicable, salvo que exista y se demuestre una causal sobreviniente.

Conforme ampliamente fue desarrollado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 026/2010 de 14 de octubre de 2010, las causales sobrevinientes principalmente aplicadas en materia administrativa, son el caso fortuito y fuerza mayor.

La doctrina de manera uniforme señala que se considera fortuito, el hecho causado por mero accidente, **totalmente imprevisto**, sin que medie dolo ni culpa del sujeto, es decir debe existir una exclusión de la responsabilidad.

La fuerza mayor es un hecho **que no se puede evitar y tampoco se puede prever**.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Guillermo Cabanellas, se entiende por **caso fortuito**:

“El suceso inopinado que no se puede prevenir ni resistir (...), los que se apoyan en la causa, estiman caso fortuito el proveniente de la naturaleza (la inundación que corta las comunicaciones); y la fuerza mayor, la procedente de una persona (el robo que priva del dinero con el cual se iba a pagar) (...)”

Y el mismo autor define a la **fuerza mayor** como:

“Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que debía o era posible y lícito, aparece como obstáculo, ajeno a las fuerzas naturales que se oponen al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación. La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito reservando para este los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata del acto de un tercero por el cual no ha de responder el deudor (...)”

Ahora bien, entre las características comunes de estas dos figuras y siguiendo lo expresado por la doctrina, está justamente el hecho fundamental de ser **imposible de evitar**, aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales en relación al hecho de que se trata, considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo, y persona.

Adviértase que, si consideramos la culpa como la omisión de la diligencias que debieron adoptarse para prever o evitar el daño, no habrá culpa, y sí caso fortuito, cuando no obstante aplicar esa conducta, el hecho resulta inevitable.

Asimismo, importa referirse a que si el hecho es extraordinario o anormal, no es un carácter distinto 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.

Asimismo, y siguiendo el precedente que se sigue determinado en la citada Resolución Ministerial Jerárquica, el hecho tiene que ser ajeno al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa, de otra manera estaríamos en una hipótesis que no es precisamente "causa ajena", por lo que, queda claro que para la aplicación de una de fuerza mayor, caso fortuito o estado de necesidad, **el hecho debe ser imposible de evitar.**

Subsumiendo lo señalado al caso de autos, y concluyendo se tiene que, la causal señalada como sobreviniente por el recurrente, como argumento para la presentación del Recurso de Revocatoria fuera de plazo, no puede ser considerada, debido a que la misma pudo evitarse al contar justamente con un plazo de quince días hábiles administrativos, tiempo en el que el recurrente pudo dar cabal cumplimiento a la normativa.

Tampoco puede entenderse como impedimento sobreviniente el argumento de que no conocía la cuenta fiscal a depositarse la sanción impuesta, ya que existió quince día hábiles administrativos, para que el recurrente, pregunte, indague a qué cuenta fiscal tenía que realizar el depósito de la multa establecida en la Resolución Administrativa ASFI 264/2011. Asimismo si el recurrente consideraba que la Resolución no era clara al no establecer el número de la cuenta para depositar la multa, éste se encontraba amparado por la norma, ya que le asistía el derecho de pedir complementación y enmienda, sin embargo tampoco utilizó dicho camino y dejó que trascorra los quince días, dejando para el último y a la última hora para apersonarse a otro Banco a realizar el depósito..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 043/2011 de 02 de septiembre de 2011).

I.4. Inexistencia de respuesta esencial en el fallo recurrido

"...La Resolución Administrativa ASFI/Nº 682/2011 ha revocado la Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010, totalmente en cuanto a sus artículos primero y cuarto, y parcialmente en lo referido al artículo tercero, disponiendo deba "procederse al nuevo análisis de la Resolución Sancionatoria, considerando los puntos alegados en el presente recurso", contrariando lo dispuesto por el artículo 43, párrafo I, inciso b), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, el que establece que "Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán... Revocatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando **pronunciándose sobre el fondo** dejen sin efecto la resolución recurrida o, parcial

cuando **pronunciándose sobre el fondo**, dejen sin efecto parte de la resolución recurrida”.

Queda entonces claro que, si la intención del ente regulador era revocar -sea total o sea parcialmente, según corresponda- los señalados artículos de la Resolución Administrativa ASFI N° 832/2010, **debió en lugar de tales decisiones, pronunciar unas nuevas que resuelvan el fondo de las controversias**; el requisito normativo para la procedencia de una resolución revocatoria, es precisamente, que en lugar del fallo que deje sin efecto, la autoridad administrativa pronuncie la nueva resolución sobre el *thoema decidendum*, de manera tal que se cumpla aquello de que “toda solicitud elevada por particulares a las entidades públicas, deberá necesariamente ser objeto de respuesta satisfactoria, sea ésta positiva o negativa a sus intereses. Esto significa que la administración pública, no puede resolver de manera superficial y mecánica las peticiones de los ciudadanos, por el contrario, estas respuestas deberán ineludiblemente resolver lo esencial de la petición” (Sentencia Constitucional 1930/2010-R de 25 de octubre de 2010).

No ha sucedido ello en el caso de autos; más por el contrario, la entidad recurrida ha dado lugar a un fallo confuso al establecer la necesidad de un nuevo análisis, **cuando le tocaba a ella realizarlo y en la misma oportunidad**, en observancia al principio de eficacia establecida por el artículo 4, inciso ‘j’ de la Ley N° 2341: “Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas”, sin diferirlo (como lo ha hecho) para una oportunidad que no queda clara cuándo habrá de suceder y ante qué instancia, porque así como no se menciona en el texto de la resolución impugnada, tampoco se encuentra amparada por precepto legal o normativo alguno, el procedimiento mismo que importa tal decisión no se encuentra previsto en la normativa que rige la materia.

La confusión generada por el fallo continúa cuando en la resolución impugnada, sus artículos primero y cuarto (aquellos que disponen las curiosas revocatorias), disponen nuevos análisis “considerando los puntos alegados **en el presente Recurso**” cuando tal acto administrativo -o sea de la administración- no puede una actuación propia del administrado tal cual es un recurso, sino que debió constituir la decisión (negativa o positiva, según lo sientan el recurrente y el tercer interesado) de la controversia existente.

El fallo del Ente Regulador determina la incertidumbre jurídica respecto del objeto de la decisión, por cuanto “si al vencimiento del plazo para pronunciarse sobre el recurso de revocatoria, el Superintendente Sectorial no dicta **la resolución correspondiente**, este hecho producirá los efectos de resolución confirmatoria total” (artículo 51, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175), ocasionando que la Resolución Administrativa ASFI N° 682/2011, contrariamente a estar revocando totalmente los artículos primero y cuarto, y parcialmente el tercero (todos de la Resolución Administrativa ASFI N°

832/2010) como sugiere, debiera más bien estarlos confirmando, pudiendo importar ello afectación, lesión o perjuicio en contra de los derechos subjetivos o intereses legítimos, no sólo de la recurrente actual, (...) sino del tercero interesado, señor Luis Artemio Lucca Suarez, toda vez que en su notoria calidad de recurrente del Recurso de Revocatoria, obviamente pretende una respuesta satisfactoria a sus alegatos, sea negativa o positiva, y de ninguna manera un "nuevo análisis de la Resolución Sancionatoria..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2012 de 02 de marzo de 2012).



L.1. Legitimación y Principio de Informalismo

"...Si bien, es cierto que, dentro de los procedimientos administrativos, se puede prescindir del cumplimiento de cuestiones formales no esenciales, por parte del administrado, de ninguna manera se puede entender que el Poder de representación, constituya una mera formalidad dentro de un proceso, como refiere la recurrente, ya que es justamente este instrumento legal, el que otorga legitimación activa a su representante, para actuar dentro de un recurso.

Siguiendo a Eduardo Couture, la legitimación activa es una capacidad procesal que tiene una persona, sea natural o jurídica, para activar la acción, sin embargo no cualquier persona está legitimada para ello sino la recurrente debe demostrar esa vinculación entre el acto que impugna y su derecho supuestamente vulnerado..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 080/2012 de 28 de diciembre de 2012).



N.1. Non Reformatio in Peius

"...la non Reformatio in peius o también conocida como "no reformar en peor" o "reformar en perjuicio" es una garantía que se aplica al administrado, cuando tras un recurso, el encargado de dictar una nueva sentencia, resuelve la causa empeorando los términos en los que fue dictada en primera instancia..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011).

N.2. De la Nota de Cargos

"...la nota de cargo, al ser el acto administrativo, que formaliza el inicio al procedimiento sancionador, debe cumplir con las formalidades jurídicas mínimas, que aseguren al presunto infractor el debido proceso.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 017/2004 de 11 de octubre de 2004, sobre el particular, precisa de forma clara lo siguiente:

"La notificación de cargos es el acto jurídico - administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por ésta, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa presentando toda la prueba pertinente así como formular las alegaciones correspondientes respecto de los cargos atribuidos.

La notificación de cargos, como acto jurídico - administrativo, además de los requisitos de validez y forma que exige la Ley y las normas reglamentarias, necesariamente, debe contener la mención de todas y cada una de las infracciones específicas atribuidas a la persona; puesto que de ello derivará o dependerá la resolución definitiva dictada por la autoridad..".

Congruentemente con lo anotado, la notificación de cargos, además, deberá contener la mención expresa y detallada de los casos, por los cuales se estaría imputando, la normativa que se habría infringido, todo ello en estricta sujeción al artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En el caso de autos, y conforme se evidenció del numeral anterior del presente

Considerando, tenemos que tanto la notificación de cargos, como las Resoluciones administrativas sancionatoria y aquella que resuelve el Recurso de Revocatoria, no presentan un detalle de casos, cual en derecho hubiera correspondido.

Si bien, se puede presumir de que casos se estaría hablando, sin embargo una notificación de cargos como tal, no puede dar lugar a presunciones, sino a una determinación inequívoca de los casos en los que el regulado ha infringido la norma, para que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le está imputando y sin lugar a ambigüedades, cual manda el ya citado artículo 66 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Caso contrario y como sucedió en el presente caso, se está afectando el debido proceso, dando lugar a la indefensión del regulado, por lo que se hace necesario reponer obrados para restaurar el debido proceso administrativo, que garantice la correcta aplicación del ordenamiento jurídico administrativo y permita el irrestricto derecho a la defensa del regulado..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2011 de 09 de mayo de 2011).

N.3. De la Nulidad Absoluta

"...para que proceda la nulidad absoluta, el acto debe contener un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2012 de 05 de junio de 2012).



O.1. Operadores de Justicia

*“...es importante tomar en cuenta que en la práctica procesal cualquiera sea la materia – los operadores de justicia, de oficio o a denuncia expresa, (dado el caso concreto y la autoridad competente); se encuentran en la **obligación de verificar la correcta aplicación del procedimiento y en caso de llegar a evidenciar faltas o defectos que lesionen la perfección del acto en su validez o en su eficacia; estos deben ser enmendados, saneados y/o corregidos impidiendo su subsistencia o ejecución**, esto en virtud justamente a los principios de legalidad justicia y eficacia, resguardando de esta manera garantías legalmente constituidas y consecuentemente la no afectación del orden público...”*

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012).



P.1.Precedentes Administrativos que engloban Principios en Materia Administrativa

P.1.1.Principio de la Actividad Administrativa

"...El principio fundamental de la actividad administrativa es precisamente el desempeñar la función pública al servicio de la colectividad y sus intereses; principio básico ceñido en sentido de que la administración pública se debe a los intereses de la colectividad y sus administrados, debiendo proporcionarle la mayor seguridad, y eficiencia que ellos precisan, otorgándoles de esta manera la suficiente confianza de que el sistema dentro la administración pública funciona de manera eficaz y que su derecho de petición será adecuadamente atendido no solo en el marco del estricto derecho procedimental, sino también en la búsqueda de una verdad material equiparada a la justicia y equidad del pronunciamiento a emitir..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2011 de 22 de marzo de 2011).

P.1.2.Principio Abstracto de Eficacia Normativa

"...el Principio abstracto de eficacia normativa, el que impide alegar su desconocimiento como excusa para su obligatoriedad y cumplimiento y que se halla expresado en el artículo 108º, numeral 1, de la Constitución Política del Estado: "Son deberes de las bolivianas y los bolivianos:... 1. Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes"..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 066/2011 de 09 de diciembre de 2011).

P.1.3. Principio de Buena Fe

"...cabe precisar que la aplicación del principio de buena fe no constituye una herramienta idónea para reducir sanciones o no aplicar sanciones siendo entonces la esencia del principio de buena fe la confianza mutua que debe primar entre la administración pública y el administrado en cuanto a las actuaciones de cada uno, por lo que el recurrente al señalar que bajo este principio se proceda a la eliminación de la sanción está fuera de toda lógica jurídica no pudiendo este principio ser aplicado conforme el recurrente lo solicita por las razones ya expuestas con anterioridad..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011).

P.1.4. Principio de Compromiso e Interés Social

“...En atención al Principio de compromiso e interés social instituido por el artículo 232° de la Constitución Política del Estado, y que es definido por el Diccionario Jurídico Espasa como un “concepto jurídico que fundamenta y justifica la actuación de la administración pública”, la intervención del Estado en la vida social debe estar motivada y dirigida hacia el bienestar del colectivo, lo que importa el precepto de Derecho, de que **cuando de la aplicación de una ley expedida en interés social, resultaren los derechos de los particulares en conflicto con el interés social, el interés privado debe ceder al interés público o social, determinando ello** -además del extremo que se señala en el párrafo siguiente- no sea atendible la invocación de los principios individualistas y liberales de la autonomía de la voluntad privada, o más propiamente de la libertad contractual, propia del derecho privado...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2011 de 21 de noviembre de 2011).

P.1.5. Principio de Derecho

“...el principio de derecho establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y no a la inversa...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2012 de 09 de marzo de 2012).

P.1.6. Principio de Especialidad

“...debe tenerse en cuenta que, conforme al Principio de Especialidad (generi per speciem derogatur: la norma especial prevalece sobre la general)...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2011 de 21 de noviembre de 2011).

P.1.6.1. Principio de Especialidad

“...el Principio de Especialidad, señala que la norma especial prima sobre la norma general, criterio que se utiliza para resolver conflictos normativos, en el caso de que existan los mismos.

Congruentemente con ello y siguiendo la doctrina, tenemos que cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto, existen tres criterios para determinar la norma a aplicar: 1) la jerarquía normativa (norma de rango superior prevalece sobre la norma inferior) 2) la especialidad (norma especial prima sobre norma general) 3) temporalidad (norma posterior prima sobre la norma anterior), dicho esto, nuestro análisis se centrara en el principio de especialidad mismo que es aplicable al caso de autos en razón a que hace que una norma

prevalezca sobre otra en función de su especialidad, ya que la propia norma controvertida (Código de Comercio) es la que determina la aplicación de la norma especial...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2011 de 23 de diciembre de 2011).

P.1.7. Principio de Eficacia

“...Siguiendo el análisis correspondiente tenemos, que el Ente Regulador debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación se deberá tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades **podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades.** Es decir, se entiende que por virtud de este principio se sana tanto en la fase de todo procedimiento administrativo los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.

Es así, que se debe hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, **sobre aquellos formalísimos cuya realización no incida en su validez,** no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012 de 11 de mayo de 2012).

P.1.8. Principio de Favorabilidad e Informalismo

“...El principio de favorabilidad alegado por el recurrente hace relación a que el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional; corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió el recurrente .

Y no así hace referencia al principio de favorabilidad invocado por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cuando hace referencia al artículo 123 de la Constitución Política del Estado, el cual establece que:

“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la

imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".

Es evidente que la Autoridad Fiscalizadora en todo proceso administrativo se encuentra obligada a optar **por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional.**

La interpretación que da la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no es incorrecta como se apreció en el numeral 1.2 anterior, sin embargo equivoca esta Autoridad, el centrarse en una única forma de aplicación (ultractividad de la norma), olvidando que el principio de favorabilidad es entendido como un medio interpretativo que tienda a desarrollar de mejor forma y con mayor efectividad los derechos consagrados en la constitución.

De lo expuesto queda claro que el principio de favorabilidad citado por el recurrente hace relación a una interpretación tendiente a subsanar equivocaciones formales y no así solamente a lo referido por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado (CPE) Plurinacional de Bolivia.

Quedando claro el Principio de Favorabilidad que debe compulsarse y bajo el Principio de Economía Procesal, corresponde al análisis de los argumentos esgrimidos por el recurrente, quien solicita se **realice una interpretación tendiente a mitigar la existencia de una sanción** económica, solicitando un nuevo análisis de graduación de la sanción en virtud a lo establecido en las Sentencias Constitucionales N°136/2003 de 6 de febrero de 2003, SC N°0136/2003-R de 6 de febrero de 2003 SC N° 878/05 de 29 de julio de 2005.

Que las Sentencias Constitucionales citadas por el recurrente en lo pertinente hacen referencia a:

"...El principio de informalismo consiste en la **excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después**, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser **interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione**, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, **la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención**

del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados (Roberto Dromi, El Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo, ambas Ediciones Ciudad Argentina, págs. 78-79 y 846, respectivamente).

Que, en coherencia al **principio de informalismo**, se tiene al **principio de favorabilidad**, entendido por este Tribunal en SC 136/2003-R, en sentido de que '... el **intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional**'; de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad), con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado, el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar **una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado**" (las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se aprecia, las Sentencias Constitucionales no desvirtúan legalmente la determinación de la Autoridad Fiscalizadora, toda vez que las mismas refieren la aplicación de los principios de informalismo y de favorabilidad al hecho de que exista un error de forma en los escritos, donde el juez o la autoridad administrativa, deberá realizar una interpretación tendiente a que se desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional.

Congruentemente con lo desarrollado, y debiendo quedar absolutamente claro, el principio de favorabilidad y el de informalismo no pueden ser aplicados ni entendidos como un derecho del recurrente que tienda a mitigar la existencia de una sanción económica, ya que éste no debe olvidar, la existencia innegable de la norma **taxativa e imperativa** que determina a que sanción está sujeta la entidad que conceda o mantenga créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal establecido, por un monto mayor al veinte por ciento (20%) respecto a su patrimonio neto (límite del 3% para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito), determinando una sanción pecuniaria por un **monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido**, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo (Artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas).

Quedando absolutamente claro, que no corresponde la sujeción al principio de favorabilidad y menos informalismo, cuando existe una norma única de aplicación obligatoria.

Que, más allá de lo expresado, es importante a su vez aclarar al recurrente que para que las Sentencias Constitucionales sean consideradas vinculantes y obligatorias debe existir un caso análogo, de donde se puede determinar que ninguna de las sentencias citadas por el recurrente hacen referencia a un caso análogo al de autos, más bien hacen referencia a situaciones penales que no tiene nada que ver con el presente procedimiento y a su vez éstas hacen referencia a que justamente el principio de informalismo y el de favorabilidad se aplican por la administración **cuando exista un error de forma el mismo** debiendo ser entendido siempre a favor del administrado, no teniendo por ende relación a los principios invocados el recurrente, mismos que a su vez no son aplicables, conforme se desarrolló *ut supra*..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011).

P.1.9. Principio de Informalismo

"...el principio de informalismo consagrado por el artículo 4 inc.) 1) de la Ley de Procedimiento Administrativo, que implica que la administración pública debe prescindir de exigencias formales no esenciales, más aún si se ve afectado el derecho del administrado a ser oído y ejercer plenamente su defensa, puesto que las garantías del debido proceso, priman sobre exigencias de formalidades que no hacen al acto u proceso y en especial, a la obligación de búsqueda de la verdad material en oposición a la verdad formal que se aplica en otras materias..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2011 de 21 de abril de 2011).

P.1.10. Principio de Jerarquía Procesal

"...La ex Autoridad de Supervisión y Control Social de Pensiones en resguardo al principio de jerarquía procesal se encuentra imposibilitada de valorar prueba alguna ni emitir pronunciamiento contrario al que ya se emitió en instancia procesal superior; a no ser que dicha instancia le otorgue dicha facultad y en tanto no ocurra ello no puede ser susceptible de revisión de un pronunciamiento Jerárquico por una autoridad administrativa de menor rango procesal; el procedimiento administrativo al igual que los procedimientos jurisdiccionales cuenta con etapas procesales de inferior y mayor grado, instancias de impugnación encargadas de valorar y compulsar los actos emitidos por autoridad inferior en grado; entonces, la autoridad inferior carece de competencia para revisar resoluciones emitidas por instancia superior bajo la penalidad de declararse nulo el acto, contraviniendo inclusive disposiciones de orden constitucional establecidas en el artículo 122 de la Constitución Política del

Estado. Es en ese entendimiento que la Autoridad administrativa – inferior a la jerárquica – necesariamente tuvo que delimitar su pronunciamiento a los fundamentos y disposiciones establecidas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2011 de 24 de junio de 2011).

P.1.11. Principio de Legalidad

“...se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y de la resolución que le corresponda, formalidades entre las que se encuentra en definitiva su necesaria fundamentación, de manera tal que el debido proceso se define como la regulación jurídica que limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2012 de 09 de marzo de 2012).

P.1.12. Principio de Non Reformatio in Peius

“...el recurrente no puede pasar por alto y debe considerar el principio "non reformatio in peius", también conocida como "no reformar en peor" o "reformar en perjuicio" al ser una garantía que se aplica al administrado, cuando tras un recurso, el encargado de dictar una nueva sentencia, resuelve la causa empeorando los términos en los que fue dictada en primera instancia.

Para Lino Enrique Palacio, “la prohibición de reforma en perjuicio del acusado tiene un inequívoco fundamento constitucional, pues preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio, tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede, precisamente, para asegurar su eventual mejora y asegura la estabilidad de las resoluciones judiciales que en los aspectos no impugnados configuran un derecho adquirido para la parte a quién benefician, de lo contrario recursos perfectamente fundados no se interpondrían aceptándose sentencias injustas-por temor a la agravación de las consecuencias

Finalmente, Claus Roxin, poniendo de relieve la finalidad contradisuasiva de la prohibición de la reformatio in peius, señala que ésta pretende lograr que nadie se abstenga de interponer un recurso por el temor de ser penado de un modo más severo en la instancia siguiente.

Que la sentencia T-741 del 22 de junio del 2000, Exp. T-308.369, la Corte Constitucional, de Colombia citando la sentencia T-474 de 1992, ha razonado sobre aquella garantía manifestando que, "La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso". "También se analizó cómo la prohibición de la agravación en lo peor es desarrollo del principio del debido proceso. Se dijo: "Se trata de un juego limpio -que, en el fondo, tal es el debido proceso- que ninguna de las partes puede infringir y mucho menos el Estado a cuyo cargo está la guarda de la garantía..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 065/2011 de 09 de diciembre de 2011).

P.1.13. Principio Non Bis in Idem

"...importa precisar los alcances del Principio non bis in idem, mismo que proclama la imposibilidad de juzgarse a una persona dos veces por la misma causa, basado ello en el interés superior que es el de seguridad jurídica, y que impide que alguien pueda estar indefinidamente sujeto a persecuciones litigiosas, cuando ya ha sido procesado, sancionado y cumplida su sanción, o en su caso ya fue absuelto; principio que hace que los fallos firmes no puedan ser revisados ni intentarse otra vez la materia de la controversia..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 069/2012 de 05 de diciembre de 2012).

P.1.14. Principio Jerarquía Normativa

"...En cuanto al Principio Jerarquía Normativa, establecido en el artículo 4 inc. h) de la Ley N° 2341, Ley del Procedimiento Administrativo, el mismo pregona que las leyes y normas de rango inferior, no pueden contravenir o vulnerar lo dispuesto en la Constitución Política del Estado u otra norma superior. Este principio, permite a su vez establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2012 de 06 de diciembre de 2012).

P.1.15. Principio de Legalidad y Legitimidad

"La ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, establece los principios generales de la actividad administrativa entre los que se encuentra el principio de legalidad y legitimidad de los actos administrativos en el que manifiesta que las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la ley se presumen legítimas. En este contexto la presunción de legalidad de los actos

administrativos tiene un efecto "iuris et de iure" puesto que cumplieron con los requisitos materiales y formales para su pronunciamiento, siendo este de cumplimiento obligatorio para los sujetos regulados en tanto una declaración expresa de autoridad competente determine lo contrario.

La eventual contravención a la Ley N° 843, manifestada por el recurrente no es más que una apreciación de carácter subjetivo debido a que en caso de creer que se está vulnerando una disposición legal con la emisión de otra sin adentrarse en el ámbito de la jerárquica normativa, el afectado en sus derechos legítimos debe acudir ante autoridad competente y solicitar el control de legalidad del acto administrativo emitido por lo que no es competencia de esta Instancia Jerárquica emitir pronunciamiento sobre la conculcación de un acto administrativo de carácter normativo con una disposición legal en materia tributaria, y no la de carácter especial..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2011 de 28 de enero de 2011).

P.1.15.1. Principio de Legalidad y Legitimidad

"...se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa...."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 037/2011 de 15 de agosto de 2011).

P.1.16. Principio de Motivación

"...Resulta importante referirse al principio de motivación en materia procesal administrativa, correspondiendo traer a colación el precedente administrativo esgrimido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2010 de 16 de junio de 2010 que señala:

"El principio de motivación conforme concluye uniformemente la doctrina, en materia administrativa sancionatoria, resulta fundamental, toda vez que constituye la garantía del administrado al debido proceso, al contar con la fundamentación suficiente que motivó la sanción que se impone, donde se encontrará la relación de las infracciones cometidas, los hechos, la normativa infringida, los elementos que configuran la calificación de la gravedad entre otros.

Ahora bien, el pronunciamiento administrativo debe contar con la relación lógica de los elementos que se señala, dando certidumbre jurídica al

administrado en sentido de que la decisión que está tomando tenga estricta congruencia entre los agravios alegados, los hechos suscitados y la aplicación de la norma."

En este orden de ideas, el principio de motivación también fue afectado a momento de emitir el acto administrativo, ya que la suficiente fundamentación no solamente debe regirse a la tipicidad de la conducta o infracción cometida, sino también a momento de imponer la multa correspondiente, todo ello se encuentra vinculado además con el derecho a un debido proceso del particular, de manera tal que este reciba una decisión debidamente motivada en derecho para conocer la posición del Estado sobre la conducta del administrado, la infracción cometida y sanción que le corresponde..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 038/2011 de 17 de agosto de 2011).

P.1.17. Principio de Proporcionalidad

"...El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas como máxima instancia de impugnación administrativa ha establecido los lineamientos fácticos sobre el principio de proporcionalidad a momento de imponer una determinada sanción recogiendo el precedente administrativo expuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera N° 38/2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI, que a la letra señala:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas dé carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que lo autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material.

Este Principio en materia sancionadora, implicara la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio de su poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea la autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en la normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad – que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas – es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual de imputa. Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos

imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) que el ejercicio de la potestad sancionadora deba ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida."

De acuerdo al glosado los elementos esenciales que deben ser aplicados a momento de imponer una determinada sanción son:

- a) **Primero**, la calificación de los hechos imputados estén tipificados como faltas; al respecto la tipificación correspondiente al primer cargo fue variando conforme la presentación de descargos del regulado ya que en primera instancia la notificación de cargos manifestaba que (...) habría realizado una publicidad para posteriormente evidenciarse que no fue así, en consecuencia el cargo necesariamente debió ser direccionado a la sanción que se le impuso sin perjuicio de que la tipificación de los dos cargos posteriores no hayan pasado por dicha observación;
- b) **Segundo**, que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado; de acuerdo a los fundamentos esbozados por la ex Autoridad de Pensiones los descargos presentados no fueron suficientes para desvirtuar los cargos imputados, empero como también se dijo el argumento que manifiesta la publicación de la noticia en el semanario Santa Cruz Económico ("explica (...)") no constituye una motivación suficiente para determinar la participación o injerencia directa en la citada noticia por parte de la AFP cuestionada, en consecuencia el cargo de referencia no contiene un elemento probatorio sustentable al que haga manifiesto la Resolución Administrativa sancionatoria y
- c) **Tercero**, se refiere al que se pretenda alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; al respecto que (...) no haya sido participe de la publicación de las noticias cuestionadas, constituye un atenuante en la responsabilidad de su posterior actuar, asimismo se ha evidenciado los demás cargos imputados, evidentemente constituyen vulneraciones al ordenamiento jurídico regulatorio administrativo; estos son como consecuencia de una eventual publicación que la entidad regulada no solicitó ni pidió, por lo que la sanción a imponer debe ajustarse a los parámetros legales citados precedentemente, evitando que la discrecionalidad que se le otorga al fiscalizador al momento de imponer una determinada sanción, se sujete al debido proceso..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2011 de 6 de mayo de 2011).

P.1.18.Principio de Tipicidad

"...El principio de tipicidad, responde al principio de "nullum crimen sine lege" lo que quiere decir "no existe crimen sin Ley previa que lo consagre". Por tanto el cumplimiento del Principio de Tipicidad, se consagra como una garantía jurídica para el supuesto actor de un delito -imputado, juzgado o procesado-, sea juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma..."

Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012).

P.1.19. Principios que deben cumplirse en un Proceso Sancionatorio

"...La Ley de Procedimiento Administrativo, establece los principios generales de la actividad administrativa, debiendo la administración pública ajustar todas sus actuaciones a las disposiciones legales establecidas en la precitada norma, por lo que se realiza un análisis de los principios por los cuales deben fundamentarse los actos administrativos emitidos - en este caso - por el órgano de regulación.

a. Principio de sometimiento pleno a la Ley.-

Artículo 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo:

"La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

La Ley otorga facultades a los órganos de la administración pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

Ahora bien, en la doctrina del Derecho Administrativo la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos proyecta tanto en un procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI/RJ N°04/2005 de 13 de enero de 2005)

b. Principio de verdad material y Principio de tipicidad.-

El principio de verdad material en oposición a la verdad formal, al que se refiere el inc. d) del artículo 4 de la Ley N° 2341, determina que el órgano de regulación investigará la verdad material del hecho; aspecto que no se limita solamente a la

investigación de la infracción de la ley sino a la imposición de la sanción de acuerdo a la tipicidad en la que se encuentra enmarcada la conducta.

La tipicidad en materia administrativa no es más que la descripción legal de una conducta específica en relación a la infracción cometida debiendo determinarse criterios objetivos sobre los parámetros de la sanción siendo estos debidamente motivados adecuándose al comportamiento y la culpabilidad de la persona (natural o jurídica) a la cual se imputa, aspecto congruente con lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo que consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas.

c. Principio de jerarquía normativa.-

“La expresión “jerarquía”, al igual que en el lenguaje ordinario, es utilizada en el mundo jurídico frecuentemente para sentar los criterios con base en los cuales se instaura la ordenación normativa.

El carácter básico o fundamental de la jerarquía normativa se manifiesta primero cuando la imagen misma que tenemos del derecho es una representación jerárquica de normas. La jerarquía normativa hace parte de la definición misma del derecho, de modo que dentro de nuestra mentalidad no es posible pensar en derecho, sin pensar también en la jerarquía normativa. Por tanto, si consideramos y concebimos al derecho en términos de jerarquía, es precisamente porque el principio de jerarquía es en realidad esto, en principio, y no un simple concepto jurídico aislado, entre muchos otros.

Pero además de que tenemos una representación jerárquica del derecho, la jerarquía normativa sirve de fundamento para el desenvolvimiento de gran parte de la actividad jurídica. Por un lado, la jerarquía sirve al momento de producción del derecho, pues para la creación de cualquier norma en el sistema jurídico dado, lo primero que debe tenerse en cuenta es el respeto a las normas jerárquicamente superiores. Así, las Autoridades Administrativas deben sujetarse a lo dispuesto por la Constitución, la Ley y los Decretos reglamentarios a tiempo de emitir sus regulaciones o resoluciones. Igualmente, al momento de aplicación del derecho, el primer criterio que los operadores jurídicos deben tener en cuenta es el criterio jerárquico, pues en caso de conflicto normativo deben aplicarse de preferencia de las normas superiores; por ello, para la resolución de un conflicto jurídico particular, el juez o autoridad no solo debe identificar la norma que regula de manera específica la hipótesis de hecho sometida a su conocimiento y determinar su contenido y alcance, sino confrontar su decisión, así sea de manera somera y general, con el ordenamiento jurídico superior” (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI/RJ N°48/2007 de 22 de mayo de 2007)

d. Principio de congruencia.-

"...implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados con la resolución final." (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004)..."

Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2011 de 21 de abril de 2011).

P.1.20. Principio de Sometimiento Pleno a la Ley

"...La Ley de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 4, señala que: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

- c) **Principio de sometimiento pleno a la Ley:** La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso;*

Es decir, que la Ley otorga facultades a los órganos de la Administración Pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro, puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

Ahora bien, en la doctrina del Derecho Administrativo la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.

En síntesis el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, hace referencia al debido proceso, en el que los regulados deben gozar de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer los argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, conforme lo establece el artículo 46 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, sobre la tramitación del procedimiento..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2011 de 24 de enero de 2011).

P.1.21. Principio de Verdad Material

"...El principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las

medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

Y es que la Administración Pública no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aún de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal,

La verdad material implica que, en el momento de la correspondiente toma de decisiones, la Administración Pública debe remitirse a los hechos, preferentemente a lo alegado o probado por el particular. Esto diferencia al procedimiento administrativo del proceso civil, donde el juez debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes, siendo éstas el único fundamento de la sentencia, tratándose por tanto, de una verdad formal. En el proceso judicial, en consecuencia, el Juez puede basarse en indicios o presunciones, atribución que no posee el funcionario administrativo..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2011 de 24 de enero de 2011).

P.1.21.1 Principio de Verdad Material

*"...La verdad material hace al principio administrativo en virtud del cual, la autoridad administrativa competente debe **verificar plenamente los hechos** que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas..."*

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2012 de 10 de abril de 2012).

P.1.22. Principio de Irretroactividad

"...no puede exigírsele al Ente Regulador, ni puede éste exigirle al administrado, la aplicación de una norma cuando a tiempo de la infracción, la misma no se encontraba vigente, así lo establecen los artículos 123° de la Constitución Política del Estado, y 77° de la Ley N° 2314 de 23 de abril de 2002 (de procedimiento administrativo), este último que a la letra dice:

*"...**Artículo 77.- (Principio de Irretroactividad).** Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa..."*

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 043/2012 de 16 de agosto de 2012).

P.2. De la Preterintencionalidad

"...La preterintención, se define como una acción que produce efectos de mayor gravedad que los que se pretendían causar. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

La preterintención tiene lugar cuando la voluntad se ha dirigido a un determinado hecho pero se realiza uno más grave al previsto o deseado por el actor. En la acción preterintencional la intención del actuante es la de cometer un delito, es el resultado que espera (dolo), pero ese resultado en la realidad supera el esperado por el sujeto, va más allá de su intención ya que no previó todas las consecuencias de su acción u omisión (culpa).

De este hecho se deriva una responsabilidad, por lo que no todas las legislaciones, pero la mayoría de ellas asumen la siguiente fórmula para resolver el problema de la sanción a imponer: "Si, como consecuencia de la acción u omisión, se produce un resultado más grave que el querido, determinante de una sanción más severa, ésta se impone solamente si el agente pudo o debió prever dicho resultado".

Actúa así la preterintencionalidad, como una circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad la cual se fundamenta en el incremento del propósito original del actuante, el resultado de la acción supera al esperado por el agente..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2011 de 24 de enero de 2011).

P.2.1. De la Preterintencionalidad

"...ha existido la preterintencionalidad que exige la norma a efectos de calificar la sanción, por cuanto los resultados no han sido queridos o buscados, sino que los mismos han resultado de la omisión..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 069/2011 de 23 de diciembre de 2011).

P.2.2. De la Preterintencionalidad

"...Por ello amerita traer a colación lo ya determinado por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 004/2012, de fecha de 26 de enero de 2012, a su vez recogido de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006, respecto a la conducta calificada como preterintencional:

“Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) **preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto**, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.

Por otra parte, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se dé una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.

La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.

Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor".

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), **sino también por una actitud culposa u omisiva....**" (Negritas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, precisó mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 004/2012, de fecha de 26 de enero de 2012, respecto a la conducta calificada como preterintencional lo siguiente:

"...La preterintencionalidad como concepto básico establece el ir más allá del propósito deseado; vale decir que la intención del actor al cometer un ilícito (en este caso en materia administrativa), tuvo consecuencias mayores a la previstas..."

Expuesto ambos precedentes administrativos, se tiene que la sanción será calificada como de gravedad leve, cuando la infracción o los actos u omisiones hayan sido provocados de manera preterintencional y que el resultado obtenido sea más grave de lo previsto y claro no haya repercutido en el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2012 de 14 de febrero de 2012).

P.2.3.Preterintencionalidad

"...La preterintencionalidad como concepto básico establece el ir más allá del propósito deseado; vale decir que la intención del actor al cometer un ilícito..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2011 de 06 de mayo de 2011).

P.2.4. Preterintencionalidad y Presunción

*"...para la configuración de la tipificada preterintencionalidad, la actuación dolosa de (...), **debió producir** una consecuencia más grave que la prevista, entonces culposa ; según la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010, "al no solicitar que las mismas sean autorizadas expresamente por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, situación que **podría dar** lugar a confusión en los procesos de Traspaso, ocasionando demoras en el procesamiento de este tipo de solicitudes presentadas por los Afiliados"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De donde resulta que, el ente regulador sancionó a (...) presumiendo los efectos que podían producirse por la infracción cometida, no por los efectos concretos que se han producido y que, desde luego, al ser fruto de una presunción, pueden ser distintos de los que en verdad material podrían haber ocurrido, hechos a los que en observancia del artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341, debiera circunscribirse cualquier subsunción a la que diere lugar el artículo 286º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

La propia definición que sale en la Resolución recurrida conduce a la misma conclusión: los hechos deben superar al propósito, y en el caso, no hay ningún hecho de origen culposo que, al no haber sucedido, hubiera superado a la intención dolosa de la ahora recurrente.

Aún más, cuando la Resolución recurrida se limita a señalar que “la Administradora de Fondos de Pensiones, incumplió la normativa establecida a este efecto, lo cual se constituye en la superación del propósito considerado en el establecimiento de las causales de rechazo”, determina establecer la existencia de una infracción, más no fundamentar la gravedad de la misma, en incumplimiento al artículo 286° del Decreto Supremo N° 24469.

Por lo demás, no se observa en el expediente que se hubiera producido una consecuencia más grave como la que exige la preterintencionalidad a efectos de su concurrencia, menos aún beneficio propio de la infractora, ahora RECURRENTE, O DE PERSONAS RELACIONADAS A LA MISMA...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2011 de 06 de mayo de 2011).

P.3. De la Prescripción

“...Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 55/2008 de 4 de septiembre de 2008 determinó en cuanto a la prescripción refiere:

“La prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que estos procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción”.

Es así que, la prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho permitiendo la extinción de derechos pudiendo ser esta suspendida o interrumpida. En el presente caso corresponde realizar un análisis de la interrupción de la prescripción misma que se da como consecuencia de un hecho de la naturaleza o de las personas, que destruyen uno de los elementos necesarios de la prescripción lo cual es el tiempo.

Sí relacionamos ambos acontecimientos legales tenemos que una consecuencia de hecho, producida por la naturaleza y que interrumpe el plazo de la prescripción es precisamente el efecto continuado o “Tracto Sucesivo” de un determinado acontecimiento, que como consecuencia de sus efectos el acto o hecho jurídico se viene renovando en el tiempo, adecuada perfectamente a la teoría bipartita que encamina el derecho administrativo...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2011 de 16 de septiembre de 2011).

P.3.1. De la Prescripción

"...La Declaratoria de prescripción de una infracción – en este caso administrativa – no libera al infractor del reproche que el juzgador pueda y deba realizar sobre la conducta ilegal que tuvo el actor al momento de cometer el ilícito, no sustentable legalmente desde ningún punto de vista manifestar que al haber operado la infracción el actor jamás la haya cometido o no sea susceptible de recibir el reproche moral de la administración pública y/o la sociedad, menos acusar de contradictorio el acto administrativo y pretendiendo su nulidad.

Si bien es cierto que la prescripción libera al actor de responsabilidad legal a ser susceptible a una determinada sanción, este aspecto no inhibe al regulado del reproche moral en el que autoridad administrativa deba realizar respecto a su conducta, debiendo también tomar en cuenta dicho acto para futuras actuaciones del regulado que vinculen al caso..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2011 de 16 de septiembre de 2011).

P.3.2. De la Prescripción

"...La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, ha realizado una adecuada compulsa de la doctrina y el derecho respecto a los momentos facticos jurídicos sobre los momentos en los que opera la prescripción ilustrándonos de la siguiente manera:

"En consecuencia, tomando en cuenta los argumentos del recurrente, es necesario determinar cuál es el momento inicial que empieza a correr el plazo para que pueda prescribir la infracción o falta administrativa, y cuál es el momento en el que consume dicha prescripción, por lo que de acuerdo a la doctrina podemos distinguir que en materia de prescripción en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador se tiene que este instituto puede aplicarse en los casos de iniciación tardía del procedimiento sancionador y la prescripción que opera cuando se paraliza el procedimiento sancionador.

- 1. En el primer caso el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la fecha de comisión de la infracción administrativa, con total independencia de la fecha de su descubrimiento o conocimiento de la autoridad administrativa, nos encontraríamos en una situación de inseguridad jurídica en desmedro de los administrados, conculcando uno de los fundamentos básicos de la prescripción, como es el que nadie puede permanecer en incertidumbre por tiempo indefinido.*

(...)” El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido la falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la ley, que de acuerdo al Artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al Artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

“Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento.”

El citado precedente administrativo que esta instancia comparte, ha sido recogido también en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 55/2008 de 04 de septiembre de 2008 en la que congruentemente a la citada estableció dos momentos importantes en el cómputo de plazos para que opere la prescripción; el primero – que es el que interesa en el presente caso – se da desde la fecha de la comisión de la infracción o falta administrativa pudiendo esta interrumpirse con el inicio de las diligencias preliminares o el propio inicio del proceso administrativo sancionatorio.

Congruentemente a todo lo manifestado es pertinente dejar establecido el momento jurídico preciso donde se inicia un proceso administrativo; en tal sentido la Ley de Procedimiento Administrativo (como el nomen juris lo señala), establece un procedimiento administrativo antes, durante y después de un proceso sancionatorio como tal; es así que la revisión de trámites y/o documentos – que lo llamaremos proceso de fiscalización que realiza el órgano de regulación en cumplimiento a sus atribuciones y funciones específicas – no implica que el administrado ya se encuentre sometido a un proceso sancionatorio, puesto que se requiere contar con una serie de actuados administrativos normados para llegar a establecer un proceso como tal, así lo enuncia el Capítulo VI, Procedimiento Sancionador de la Ley 2341 de 15 de abril de 2002, Sección Segunda, al establecer las etapas de dicho procedimiento; el que necesariamente deberá iniciarse con las actuaciones previas a un proceso sancionatorio como tal, debiendo la autoridad administrativa fiscalizar, organizar, reunir todas las actuaciones preliminares necesarias en fase de averiguación e identificación de posibles infracciones al ordenamiento jurídico administrativo y demás circunstancias relevantes para el caso; esta etapa se la denomina como “Diligencias Preliminares” (Art. 81 Ley de Procedimiento Administrativo); los actos posteriores una vez identificados los presuntos responsables de los actos u hechos susceptibles de infracciones administrativas se la denomina “Etapas de Iniciación” (Art. 82 Ley de Procedimiento Administrativo), que se formaliza notificando a los presuntos responsables sobre los hechos susceptibles de iniciación, las normas

vulneradas y otras circunstancias relevantes de investigación previa, a efectos de que estos tengan – en “Etapa de Tramitación” - la oportunidad y el derecho de presentar pruebas, documentos descargos y/o alegaciones en el término previsto por Ley, para que finalmente la autoridad administrativa emita pronunciamiento mediante acto administrativo motivado en el que imponga o desestime la sanción administrativa (Art. 84 Ley de Procedimiento Administrativo)...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 039/2011 de 18 de agosto de 2011).

P.4. De la Prueba

P.4.1. De la Prueba ofrecida

“... en lo que toca a la “Prueba de oficios” consistente en el oficio al Presidente del Banco Central de Bolivia, para que:

“...se informe y certifique a la ASFI si la operación de Carta de Crédito aperturada por (...) VENEZUELA a través del BANCO CENTRAL de Venezuela, fue efectuada por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA y por esta entidad al BANCO DE LA NACION ARGENTINA como Banco corresponsal, quien efectuó el pago a (...) BOLIVIA luego de que el BCB hiciera el desembolso del monto total de la Carta de Crédito en la cuenta de esta entidad, Operación signada bajo el No. De (sic) Solicitud No. 008/2011 de fecha 08 de Diciembre de 2011...” (Transcripción textual de la parte pertinente del Recurso de Revocatoria).

Si bien en el artículo 50º, párrafo I (supra transcrito), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, el uso del verbo podrá (conjugación del verbo poder, entonces “tener expedida la facultad o potencia de hacer algo” en el Diccionario) hace referencia a la producción de prueba cual si fuera una facultad potestativa o librada a la voluntad del Ente Regulador, no debe perderse de vista que, cuando existe un ofrecimiento de prueba como en el caso de autos, ha tenido que ejercitarse el derecho de petición previsto por el artículo 24º de la Constitución Política del Estado, bajo el tenor siguiente:

“...Artículo 24. **Toda persona tiene derecho a la petición** de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, **y a la obtención de respuesta formal y pronta...**” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que, expresada una solicitud o petición (como lo es el ofrecimiento de prueba) y aún para el caso de que el órgano regulador considerare dentro de su facultad dispositiva, rechazar la misma, debió pronunciarse expresa y fundadamente sobre ello, conforme le obligan el mencionado artículo 24º de la

Constitución Política del Estado y el 17º, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo: "La administración pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación".

Por ello y para el caso, es aplicable lo referido en el mismo Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, ahora en su artículo 29º, que establece que:

"...Artículo 29.- (Prueba).

I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones; pudiendo, sin embargo, **rechazar a través de una resolución fundada**, los medios de prueba que, a su juicio, sean manifiestamente impertinentes, innecesarios, excesivos o meramente dilatorios..." (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido y de la revisión pormenorizada del expediente, se tiene que desde el 14 de febrero de 2012 fecha en la que se interpuso el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 020/2012 de 20 de enero de 2012 y consiguientemente –como consta en el recurso- haberse ofrecido prueba documental y prueba de oficios, las actuaciones que se sucedieron al interior del Ente Regulador, previo al pronunciamiento de la resolución a tal recurso, han sido únicamente el informe técnico legal ASFI/DSR/I/R-25991/2012 de 5 de marzo de 2012, y el informe ASFI/DAJ/R-31560/2012 de 15 de marzo de 2012.

Asimismo, la compulsas de la Resolución Administrativa ASFI No. 082/2012 de 15 de marzo de 2012, permite concluir que la prueba ofrecida por el **BANCO (...)** **SOCIEDAD ANÓNIMA** en oportunidad de su Recurso de Revocatoria (conforme lo supra detallado), no ha sido considerada por el ente Regulador a efectos de tal determinación, justificando lo expresado por el recurrente del Recurso Jerárquico, cuando señala que "la imposición de la sanción... se basa en un rigorismo formal", importando exista inobservancia al principio aquel que señala que "la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil" (Art. 4º, Inc. d), Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo).

Esto último determina que, en observancia a tal principio, correspondía al ente Regulador atender la proposición del recurrente, a efectos de determinar si la

operación de Carta de Crédito fue efectuada por el Banco Central de Bolivia, y por esta entidad, al **BANCO (...) SOCIEDAD ANÓNIMA** como Banco corresponsal que efectuó el pago al beneficiario (...) Bolivia S.A. "luego de que el BCB hiciera el desembolso del monto total de la Carta de Crédito en la cuenta de esta entidad, Operación signada bajo el No. De (sic) Solicitud No. 008/2011 de fecha 08 de Diciembre de 2011" (transcripción pertinente del Recurso de Revocatoria), de tal manera con ello hubiera quedado debidamente justificada la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero o en su caso rebatida la misma, pudiendo implicar inclusive la posible infracción de otro tipo administrativo.

Al caso concreto además y por pertinente, se debe recordar que el artículo 29º, párrafo III, también del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que:

"...Artículo 29.- (Prueba).

III. Las pruebas serán valoradas **en su integridad**, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica..."

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que era en oportunidad de la recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 082/2012 que, en los términos del precitado artículo 29º, numeral III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, correspondía se valore la prueba "en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica", lo que en definitiva determina que **no se ha cumplido tal disposición.**

La valoración de la prueba hace al derecho a la prueba que, como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley N° 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

"Artículo 115. (...)

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones..."
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ley N° 2341 de 22 de abril de 2002:

"Artículo 4.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

- a) Principio de sometimiento pleno a la Ley: la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso;...**" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa. De esta manera, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva situación jurídica, cuando quiera que la autoridad administrativa deba aplicar la ley en el conocimiento de un hecho o de una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia como valor reconocido por los artículos 8º, parágrafo II, y 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado; se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su ordenado funcionamiento, por virtud de los cuales es necesario otorgar a los administrados la oportunidad de producir las pruebas que demuestren sus derechos, actuación que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y de la ley en el ejercicio de sus funciones, bajo pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa y de vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración.

En ese sentido, debe entenderse que la falta de valoración de la prueba oportunamente ofrecida y producida, importa violación al derecho de petición y

de obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24º -supra mencionado- de la Constitución Política del Estado, el que señala

“Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.

Sobre este extremo, y en particular sobre la implicancia del derecho a la prueba como conformante de la garantía del debido proceso administrativo, se ha pronunciado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ-17/2004 de 11 de octubre de 2004, cuando señala:

*“...la Constitución Política del Estado (...) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, **puediendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo**, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (...)*

*Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas**, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010, al establecer que:

*"...El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental de la administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas**, y obtener decisiones fundadas o motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y **se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa.***

*Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído **a presentar pruebas**, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De ello, resulta evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en oportunidad de la sustanciación de Recurso de Revocatoria, si bien consideró la prueba documental ya acumulada al expediente, en cambio no dio lugar a la producción de nueva prueba ofrecida como "Prueba de oficios" y que debió acumularse con la posterioridad que exige su naturaleza, sin que hubiera fundado debidamente su decisión para ello, en inobservancia a los principios de sometimiento pleno a la ley -en cuanto al debido proceso administrativo- y de verdad material (Art. 4º, Incs. 'c' y 'd' de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002)..".
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 043/2012 de 16 de agosto de 2012).

P.4.2. De las Pruebas No Valoradas

"...en cuanto al argumento sobre la existencia de otras pruebas que no habrían sido valoradas por el Ente Regulador, se tiene que la entidad recurrente omite señalar cuales hubieran sido las pruebas no valoradas. Esta omisión, no condice con su derecho a la impugnación, ya que no debe olvidar la recurrente que si no elabora de forma clara y concreta la expresión de agravios no existe -en rigor- una herramienta apta para cuestionar eficazmente el acto administrativo impugnado..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2011 de 23 de diciembre de 2011).

P.4.3. De las Pruebas No Valoradas

“...debe entenderse que la falta de valoración de la prueba oportunamente ofrecida y producida, importa violación al derecho de petición y de obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24º -supra mencionado- de la Constitución Política del Estado, el que señala:

“Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.”

Sobre este extremo, y en particular sobre la implicancia del derecho a la prueba como conformante de la garantía del debido proceso administrativo, se ha pronunciado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ-17/2004 de 11 de octubre de 2004, cuando señala:

“...la Constitución Política del Estado (...) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, **puediendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo**, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (...)

Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas**, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas

por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010, al establecer que:

"...El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental de la administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas**, y obtener decisiones fundadas o motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y **se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa**.

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído **a presentar pruebas**, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De ello, resulta evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en oportunidad de la sustanciación de Recurso de Revocatoria, si bien consideró la prueba documental ya acumulada al expediente, en cambio no dio lugar a la producción de nueva prueba ofrecida como "Prueba de oficios" y que debió acumularse con la posterioridad que exige su naturaleza, sin que hubiera fundado debidamente su decisión para ello, en inobservancia a los principios de sometimiento pleno a la ley -en cuanto al debido proceso administrativo- y de verdad material (Art. 4º, Incs. 'c' y 'd' de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002)..." **(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 043/2012 de 16 de agosto de 2012).**

P.5. Póliza de Seguro y Controversias que surgen del siniestro

"...Por lo que, importa revisar la figura de la controversia frente al Seguro, las facultades de la ASFI, y principalmente que Autoridad es la llamada por Ley para su resolución.

Las controversias pueden ser de hecho y de derecho, entendiéndose por las **primeras** a las **referidas a los hechos y circunstancias del siniestro**, que pueden desembocar que el seguro genere o no cobertura; las **segundas referidas a la**

interpretación del alcance de la cobertura expresada en la Póliza de Seguros, sus Cláusulas adicionales y sus Anexos, para el acceso a una cobertura.

Que, en el presente caso y de lo transcrito queda claro que existen controversias de derecho, por lo que corresponderá revisar la competencia de la instancia recurrida sobre la dilucidación de este tipo de controversias.

Para este efecto, corresponde traer a colación lo determinado por la normativa aplicable respecto a la competencia con la que cuenta la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en materia Seguros.

En primer término corresponde precisar, que la ASFI asume todas las competencias en materia de seguros, otorgada a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, conforme prevén los Decretos Supremos No. 29894 de 7 de febrero de 2009 (Artículo 137) y No. 0071 de 9 de abril de 2009.

Por su parte, la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 párrafo V determina que:

*"La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tiene competencia privativa e indelegable para emitir **regulaciones prudenciales**, **controlar supervisar** las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, **la actividad aseguradora** y del mercado de valores" (Negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por lo que, en suma, la competencia privativa e indelegable de la ASFI se restringe a la emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas a la actividad aseguradora.

En la misma línea de determinación legal, el párrafo II del Artículo 2 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, determina que la regulación comprende el conjunto de actividades de fiscalización, control y supervisión y otras normas sectoriales vigentes.

Por su parte, la Superintendencia General del SIREFI se ha pronunciado al respecto, determinando mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006, a saber:

"(...)La regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican, en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económico respectivo. La

función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/93 de 25 de febrero)

Ahora bien el citado instrumento normativo hace referencia a la **supervisión y control** de la SPVS dentro del campo del Seguro Social Obligatorio de largo Plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y del mercado de valores. Para comprender el alcance de dicha labor acudiendo al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se tiene que la palabra "supervisar" implica que "con la competencia que atribuye la jerarquía o la experiencia, inspeccionar somera y decisivamente ciertas actividades u organismo" Por su parte, y acudiendo al mismo autor, el término "controlar" significa "fiscalizar, inspeccionar, Regular tutelar, velar. Reprimir".

En este sentido, la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, determina en su Artículo 41 los objetivos que tiene la SPVS, señalando entre los siguientes "a) Velar por la Seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro b) Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector de la propia Superintendencia c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros y e) Cumplir y hacer la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Las literales antes transcritas deben ser interpretadas de manera sistemática con el artículo 1 parágrafo V de la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005 en sentido que las finalidades y objetivos asignados a la **SPVS no implican que dicho órgano pueda realizar actos más allá de la facultad regulatoria y de supervisión y control que fueron antes expuestas por no tener competencia expresa para ello, es decir, no le corresponderá dirimir derechos controvertidos de las personas en el marco del Ley de Seguros al existir instancias legales con competencia declarada para dicha finalidad**"(...) (Negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la Superintendencia General del SIREFI mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 en un caso con características parecidas al caso de autos determinó:

*"(...)Queda claro que la aplicación de las normas para establecer la vigencia de la cobertura de la póliza, **constituye claramente una cuestión de derecho en materia de seguros que ya tiene un procedimiento expreso en la Ley para su resolución**, por lo que si bien SPVS no resolvió propiamente la controversia al emitir la Nota cite SPVS-IS-DJ-Nº 1054, no obstante, se verifica que la SPVS al expresar que la póliza entró en caducidad por falta de pago y que técnicamente se encontraba sin cobertura, emitió una opinión **sin tener competencia para hacerlo**, viciando con nulidad su actuación, puesto que el establecimiento de la vigencia o no de la cobertura de la Póliza **se constituye claramente en una controversia que debe ser resuelta de acuerdo a lo prescrito por ley y de conformidad a la propia Póliza, es decir a través de arbitraje(...)***

Consecuentemente, queda claro que las controversias de derecho, no son competencia del ente regulador. Sin embargo, la Ley de Seguros, prevé dicha situación, al determinar en su Artículo 39 lo siguiente:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias estas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje de acuerdo a lo previsto en la ley 1770 (ley de conciliación y arbitraje)"

Que, a su vez la misma **póliza de seguro en su artículo 20** referente a la conciliación y arbitraje, estipula:

*"Las partes intervinientes acuerdan y se obligan para que toda controversia y/o discrepancia cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o **interpretación del presente Contrato o relacionado con el mismo, directa o indirectamente**, o de sus documentos complementarios o modificatorios, será resuelto **definitivamente mediante conciliación y arbitraje** administrado de acuerdo al procedimiento convenido por las partes, conforme a lo dispuesto por la Ley Nº 1770 (Ley de Arbitraje y Conciliación) concordante con la ley de Seguros Nº 1883.*

Igualmente las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir y hacer cumplir el Laudo Arbitral que se dicte, renunciando,

expresamente y desistiendo anticipadamente al de anulación del laudo arbitral"

Consecuentemente, con lo anterior, ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ni este Ministerio de Economía y Finanzas tiene competencia para hacer interpretaciones del contrato de Póliza de Seguros de Desgravamen Hipotecario, por mandato expreso de la Ley, misma que determina el procedimiento legal a aplicarse, conforme se advirtió del análisis legal transcrito precedentemente.

Que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en busca de la verdad material ha solicitado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 123/2010, antecedentes del proceso administrativo que se hubiera llevado a cabo por la ex Superintendencia de Valores y Seguros de dicha documentación correspondiente al reclamo de los herederos del Sr. Fernando Carvajal se puede evidenciar del informe SPVS –IS-DAD N° 233 de 29 de abril de 2004 así como del informe SPVS-IS DAD N 801 de 15 de diciembre de de 2004 que ya se recomendó sujetarse a lo dispuesto por la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje tal como lo establece el artículo 39 de la ley de seguros y la póliza de seguros..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2011 de 10 de enero de 2011).



R.1. Recurso de Nulidad Absoluta

“...La recurrente alega que su memorial de fecha 31 de agosto de 2011 (sobre oposición a la audiencia pública de fecha 1º de septiembre de 2011, e invocatoria de nulidad absoluta), al resultar en un Recurso de Nulidad absoluta, debió merecer resolución en forma escrita y fundamentada, confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada o, en su caso, desestimando el Recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, pretensión que se ampara en los artículos 27, 28 y 29 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, amén de que tenía efecto suspensivo con respecto a la audiencia a la que hace referencia.

No obstante, la normativa señalada por la recurrente se refiere a los requisitos fundamentales de los actos administrativos (definición, elementos y contenido) y no hace alusión al procedimiento aplicable para el caso de invocaciones referidas a la nulidad de los actos administrativos.

*Tal procedimiento se encuentra más bien dispuesto en el artículo 35, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) cuando dice: “podrán invocarse únicamente mediante la interposición de **los recursos administrativos** previstos en la presente Ley”.*

*A este respecto, el Capítulo V, Título Tercero, de la Ley, regula la actividad recursiva administrativa, determinando la **existencia única de dos recursos administrativos: el primero el Recurso de Revocatoria** (artículo 64) y el restante **el Recurso Jerárquico** (artículo 66). En el mismo sentido, los artículos 116 del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo (dice: “se podrán impugnar en sede administrativa a través de los recursos de revocatoria y jerárquico”) y 36 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003 (dice: podrán ser impugnadas... mediante los siguientes recursos: a) Recurso de Revocatoria. b) Recurso Jerárquico”).*

Entonces y en principio, no se encuentra contemplado en la legislación administrativa un “Recurso de Nulidad Absoluta” que establezca un procedimiento como el sugerido por la recurrente, sin que tampoco se esté

refiriendo al Recurso Directo de Nulidad (previsto por los artículos 157 al 163 de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional) por corresponder a un recurso de características y procedimientos totalmente distintos, fundamentalmente por interponerse en sede distinta de la administrativa; la mención del parágrafo II del artículo 35 de la Ley N° 2341 determina que la recurrente esté confundiendo el criterio legal administrativo sobre la nulidad de los actos administrativos, cual si fuera un Recurso de Nulidad, inexistente en la legislación administrativa... "

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2012 de 02 de marzo de 2012).

R.2. Reiteración y Reincidencia

"...así tenemos que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 ya se habría pronunciado sobre la reiteración y reincidencia señalando lo siguiente:

"...Según el Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005 Espasa-Calpe REITERACIÓN es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: REINCIDENCIA, repetición, insistencia, ratificación, redundancia, recaída y reproducción.

Según lo transcrito, debiera considerarse que reiteración y reincidencia comparten una misma acepción.

Sin embargo, a efectos de adquirir una cabal comprensión sobre estos términos, se hace necesario ahondar en el tema acudiendo al auxilio de la doctrina, sobre los criterios de graduación, y así determinar la legalidad de la aplicación de la sanción y las agravantes impuestas a la conducta del regulado.

Desde la comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo hasta la imposición de una sanción concreta existen determinadas etapas. Como dice Nieto García (Derecho Administrativo Sancionador, 4a ed. Tecnos Madrid 2005, p. 317) "La Administración, en efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción, b) Subsunción del tipo en una clase de infracción, c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase. Estas fases, son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación", interesando al tema de análisis los dos últimos.

Siguiendo a Juan Manuel Sánchez-Terán (Los Criterios de Graduación, Ed. Lex Nova S.A. Valladolid 2007, p. 322) "...existe una serie de instituciones que se caracterizan por constituir la reacción específica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva ordinaria de las sanciones, por lo que se precisa un especial agravamiento de las que se impongan a fin de que el cumplimiento de la norma no sea vulnerado.

La reincidencia, tiene su origen en el Derecho Penal, y figura en todos los Códigos Penales como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, pasando al Derecho Administrativo Sancionador con el mismo sentido respecto a la responsabilidad administrativa.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito, siempre que sea de la misma naturaleza'.

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

i. La concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable.

ii. La necesidad de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa.

Es claro que, de no coexistir ambas condiciones no es posible, jurídicamente, predicar la reincidencia de una infracción en el orden administrativo.

A diferencia de la reiteración que se analizará en este apartado, la reincidencia no ha sido recogida, con dicho denominativo, en la economía jurídica administrativa ni regulatoria nacional por lo que no cuenta con una definición propia.

Continuando con Juan Manuel Sánchez-Terán, "La Reiteración, se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la "reiteración en las conductas prohibidas", siendo necesario para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme".

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

i. La reiteración de conductas prohibidas en la ley y normas conexas (Infracciones de la misma o distinta naturaleza)

ii. La existencia de resolución administrativa firme de hechos sancionados con anterioridad a la comisión de la nueva infracción.

Puede apreciarse de lo analizado que, la diferencia existente entre ambos institutos es bastante sutil, aunque el fin de ambas es servir de agravante a las conductas infractoras (...)"

Queda claro entonces, que tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración aludida por el órgano de regulación, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa Juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso que debe tomarse ineludiblemente en cuenta.

Situación, que una vez más nos lleva al análisis real de la fundamentación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, misma que se limita a una simple conclusión, sin tomar en cuenta los antecedentes del proceso cual hubiera correspondido, situación que inculca el derecho a la defensa y al debido proceso de la recurrente..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 03 de mayo de 2011).

R.2.1. Reiteración y Reincidencia

"...Por pertinente, se deja constancia que la Autoridad Jerárquica, en las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, ha sentado precedentes que hacen a la diversa consideración de las figuras de la Reiteración y la Reincidencia, conforme a la transcripción siguiente correspondiente a la segunda resolución nombrada:

"... este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 ya se habría pronunciado sobre la reiteración y reincidencia señalando lo siguiente:

"...Según el Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005 Espasa-Calpe REITERACIÓN es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: REINCIDENCIA, repetición, insistencia, ratificación, redundancia, recaída y reproducción.

Según lo transcrito, debiera considerarse que reiteración y reincidencia comparten una misma acepción.

Sin embargo, a efectos de adquirir una cabal comprensión sobre estos términos, se hace necesario ahondar en el tema acudiendo al auxilio de la doctrina, sobre los criterios de graduación, y así determinar la legalidad de la aplicación de la sanción y las agravantes impuestas a la conducta del regulado.

Desde la comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo hasta la imposición de una sanción concreta existen determinadas etapas. Como dice Nieto García (Derecho Administrativo Sancionador, 4ª ed. Tecnos Madrid 2005, p. 317) "La Administración, en efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción, b) Subsunción del tipo en una clase de infracción, c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase. Estas fases, son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación", interesando al tema de análisis los dos últimos.

Siguiendo a Juan Manuel Sánchez-Terán (Los Criterios de Graduación, Ed. Lex Nova S.A. Valladolid 2007, p. 322) "...existe una serie de instituciones que se caracterizan por constituir la reacción específica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva ordinaria de las sanciones, por lo que se precisa un especial agravamiento de las que se impongan a fin de que el cumplimiento de la norma no sea vulnerado.

La reincidencia, tiene su origen en el Derecho Penal, y figura en todos los Códigos Penales como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, pasando al Derecho Administrativo Sancionador con el mismo sentido respecto a la responsabilidad administrativa.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito, siempre que sea de la misma naturaleza.

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

i. La concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable.

ii. La necesidad de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa.

Es claro que, de no coexistir ambas condiciones no es posible, jurídicamente, predicar la reincidencia de una infracción en el orden administrativo.

A diferencia de la reiteración que se analizará en este apartado, la reincidencia no ha sido recogida, con dicho denominativo, en la economía jurídica administrativa ni regulatoria nacional por lo que no cuenta con una definición propia.

Continuando con Juan Manuel Sánchez-Terán, "La Reiteración, se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la "reiteración en las conductas prohibidas", siendo necesario para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme".

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

La reiteración de conductas prohibidas en la ley y normas conexas (Infracciones de la misma o distinta naturaleza)

La existencia de resolución administrativa firme de hechos sancionados con anterioridad a la comisión de la nueva Infracción.

Puede apreciarse de lo analizado que, **la diferencia existente entre ambos institutos es bastante sutil, aunque el fin de ambas es servir de agravante a las conductas infractoras (...)**"

Queda claro entonces, que **tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración aludida por el órgano de regulación, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa Juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso que debe tomarse ineludiblemente en cuenta...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La diferencia sutil a la que se hace referencia, determina las figuras de la Reiteración y la Reincidencia no tengan la misma trascendencia en materia administrativa que en materia penal (...)

Resultando que en el Sector de Seguros, materia especial como es, **el tratamiento de tales figuras es idéntico**, mientras que en el concepto penal -como el expresado por Cabanellas-, la reiteración "ofrece gravedad menor que cuando se tratare de delitos similares", entonces menor que la reincidencia dado que ésta determina "la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad".

Tal diferencia se justifica en que, la imposición de una sanción en materia penal, tiene por objeto "la educación, habilitación e inserción social de los condenados" (Art. 118º, Par. III, Constitución Política del Estado), es decir, a que los sancionados no reincidan en la comisión del delito, mientras que el régimen sancionador del sector de Seguros "tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente" (Art. 8º del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros), o al menos "...la acción correctiva que está (la sanción) conlleva para que se corrija, enmiende o subsane la situación antijurídica, fuera de la finalidad disciplinaria o sancionadora propiamente dicha..." (Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 62/2007 de 4 de julio de 2007 y SG SIREFI RJ 50/2005 de 8 de diciembre de 2005).

En tal sentido, el criterio sobre reiteración no trasciende de igual forma en la materia penal que en la administrativa (concretamente en el Sector de Seguros) por cuanto si en esta última se manifestara "en volver a delinquir, pero en especie distinta" como dice Cabanellas, entonces cualquier nueva infracción administrativa, sea cual fuere, de un operador de seguros sancionado con anterioridad, daría lugar a la presunción automática y *juris et de jure*, de la existencia de agravante, lo que bien puede resultar práctico en los casos de delitos, pero que en materia administrativa, al no ser su objetivo "la educación, habilitación e inserción" de los administrados, es inadmisibles.

No obstante que ello obliga a rescatar el espíritu de la norma y consiguientemente, a la lectura de la palabra Reiteración, conforme sale del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, sin atribuirle un criterio técnico estricto sino en su sentido más coloquial (este es "Acción y efecto de reiterar - entonces- Volver a decir o hacer algo" - Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), lo mismo no importa despojarle del presupuesto procesal requerido de "autoridad y eficacia... cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla" (Couture en sus Fundamentos al referirse a la cosa juzgada) que debe caracterizarle, por cuanto "ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un **debido proceso**" (Art. 117º, Par. I, Constitución Política del Estado; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2012 de 06 de junio de 2012).

R.2.2. De la Reincidencia

"...la reincidencia es uno de los extremos que hacen al principio de proporcionalidad previsto por el artículo 75° de la ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), por cuanto constituye un elemento que hace a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y de la sanción aplicada,..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2012 de 10 de abril de 2012).

R.3. De la Reparación del Daño Económico antes de la emisión de la Resolución Sancionatoria

*"...Por otro lado, la Administradora de Fondos de Pensiones, manifiesta que en fecha 18 de febrero de 2009, hizo el depósito de 27.064.95 Bs. (Veintisiete mil sesenta y cuatro 95/100 Bolivianos), a la Cuenta del Fondo de Capitalización Colectiva, expresando que **se realizó la reposición del daño** en fecha anterior a la emisión de la Resolución Sancionadora. Por lo que dicha sanción debería establecerse conforme el inc. d) del artículo 286 y aplicarse también el inc. d) del artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469, por lo tanto, no correspondía sancionar económicamente a dicha AFP.*

*De acuerdo a lo manifestado por la recurrente; ésta de manera categórica señala que se **"realizó la reposición del daño"**, aspecto que constituye una confesión de que sí hubo un daño, empero que este fue reparado antes de la emisión de la Resolución Administrativa Sancionatoria, teniendo entonces como una verdad material la existencia del daño que se ocasionó al Fondo de Capitalización Colectiva del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, sirviendo este antecedente como parámetro para valorar si dicho daño que fue repuesto exime de la responsabilidad de quien lo ocasionó a ser pasible a una sanción ya sea económica o de amonestación.*

Como se dijo anteriormente, (...) admite haber ocasionado un daño al FCC y consiguientemente haber cometido una infracción sujeta a sanción, puesto que expresa que su sanción no debería ser económica, sino de amonestación debido a que ya procedió con la reparación del daño con anterioridad a la emisión de la Resolución Administrativa vigente que los sanciona económicamente (...)

En consecuencia, importa precisar en primer término, que la intención de reparación de un daño, para constituirse en un atenuante a la responsabilidad de la infracción cometida y posterior reducción de la sanción, debe ser manifestada de manera expresa, reconociendo de manera voluntaria la intención de reparar el mismo sin perjuicio de que en lo posterior se susciten o no otros actos administrativos que conlleven a un proceso sancionatorio.

En segundo término, la reparación del daño no debe emerger de un proceso sancionatorio, para tomarse como atenuante, ya que no se encontraría sujeto a la voluntad del administrado, sino a la imposición del fiscalizador por emergencia de un proceso administrativo sancionatorio.

Subsumiendo al caso de autos, tenemos que (...) en mérito a la determinación de la Autoridad Supervisora previo proceso sancionatorio seguido contra ella, procedió con la reparación del daño. Determinación que fue anulada por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2009. Sin embargo, y pese a ello, (...) simplemente no hizo uso del derecho de solicitar la devolución de los recursos depositados como consecuencia de la anulación del cargo imputado, aspecto que no es suficiente para denotar una intención de voluntad propia por parte de este de reparar el daño ocasionado y que constituya un atenuante al momento de imponerle una nueva sanción.

Es así que, se evidencia, de los antecedentes procesales, que no hubo voluntad propia para la reparación de daño, limitándose simplemente (...) S.A. a señalar que el daño habría sido reparado con anterioridad a la emisión de la Resolución Sancionatoria, olvidándose que dicha reparación fue como consecuencia de una sanción impuesta con anterioridad al depósito realizado, como efecto de un proceso sancionatorio ya iniciado...."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2011 de 14 de enero de 2011).

R.4. De la Resolución del Recurso Jerárquico

"...se tiene que para que el Recurso Jerárquico sea resuelto, el recurrente primero deberá demostrar de que manera el acto declarado nulo le estaría causando perjuicio o en su caso, se le estaría vulnerando un derecho subjetivo..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012).



S.1. De la Sanción

S.1.1 De la Aplicación de Sanciones

“...3.2.1. SANCIÓN IMPUESTA PARA LA PRIMERA Y SEGUNDA INFRACCIÓN.-

(...) la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, habría aplicado lo dispuesto en el artículo 20, inc. b, Multa de Primer Rango, numeral 7, del Reglamento de Sanciones de la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156 de fecha 30 de abril de 2001, que determina:

“Artículo 20.-Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3° y 11° de este mismo Decreto Supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes(..)

inc. b) Multas por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes

(...).7.No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas.” (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nótese en este punto que de la simple lectura de la norma, se tiene que tanto la sanción impuesta por la infracción primera y segunda no corresponden a las conductas incumplidas por (...) **Sociedad de Titularización S.A.** en los cargos primero y segundo, ya que en la infracción primera se sanciona a (...) por el incumplimiento al artículo 26 inc. c) (es decir por no Administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato de Cesión de Bienes o Activos específicamente con el artículo 7.3 del Contrato de Cesión), sin embargo la sanción impuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero refiere **no cumplir en la forma y los plazos con las medidas o sanciones establecidas con anterioridad por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.**

Por lo que, a efectos de la aplicación del artículo 20, inciso b), numeral 7 del Decreto Supremo No. 26156, tienen que concurrir los siguientes elementos:

- i. La existencia de incumplimiento en la forma y plazos.
- ii. Esta forma y plazos debió estar establecida con anterioridad por la Autoridad de Supervisión.

Subsumiendo al caso de autos, tenemos que ni el numeral i. y ii., hacen a la infracción tipificada, más por el contrario, la misma se relaciona al incumplimiento de la "forma" del Contrato de Cesión de Bienes o Activos.

Consecuentemente, la infracción imputada a (...) Sociedad de Titularización, no corresponde a la conducta sancionada. Situación que a su vez aplica a la infracción segunda, ya que esta se da a consecuencia de haberse cometido actos u hechos por culpa, negligencia o imprudencia los mismos que pudieron o debieron evitarse no existiendo sin embargo en la sanción impuesta estos elementos.

Por lo tanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite considerar en el presente caso, que si bien una norma tipifica la conducta reprochable y otra norma es la que sanciona, las mismas no son autónomas, es decir que debe existir una relación entre la conducta reprochable y la sanción impuesta, (la primera nos formula una orden o prohibición y la segunda nos remite a la infracción la misma que no puede apartarse de la conducta reprochable).

El hecho de que el legislador haya establecido una gama de posibilidades, clasificación de las infracciones en el Reglamento de Sanciones para el Mercado de Valores, es justamente para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adecúe la conducta a la sanción que corresponda, no pudiendo aplicarse cualquier sanción a cualquier conducta, ya que este hecho conllevaría a la inseguridad jurídica (...)

De lo transcrito tenemos que tanto la conducta como la sanción administrativa deben encontrarse relacionadas, teniendo en cuenta que sólo constituyen conductas sancionables, las infracciones previstas expresamente en normas mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de 20 de enero de 2011).

S.1.2. De la Imposición de Sanción

"...queda claro que el hecho de no haberse generado perjuicio económico con la infracción cometida, o que el error sea susceptible de corrección, no son

absolutas a efectos de la determinación de las sanciones aplicables (entre amonestación y multa) sino que son dependientes de la existencia de **culpa** en la comisión de la infracción u omisión (...)

(...) que aún no se hubiera generado perjuicio económico con la infracción cometida, o que el error sea susceptible de corrección, éstos elementos no configuran por sí solos la aplicabilidad directa de amonestación y consecuentemente la determinación de la calidad de infracción leve, sino su adecuación a la tipología prevista en la norma..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 057/2011 de 20 de octubre de 2011).

S.1.3. De la Suspensión de la Sanción

"...La suspensión importa el detener temporalmente una acción, es decir, aplazar sus efectos; por otra parte, la sanción tiene por objeto penalizar una infracción. De manera tal que suspender una sanción, importa detener temporalmente la pena a una infracción.

En el caso de autos, **consta que la sanción pecuniaria consistente en el pago de la multa impuesta ha sido ya cumplida por el recurrente sancionado**, de manera tal que no corresponde su suspensión; empero además, debe tenerse en cuenta el estado actual del trámite (en el que las Resoluciones Administrativas ASFI N° 365/2011 de 21 de abril de 2011 y ASFI N° 262/2011 de 9 de marzo de 2011 han sido impugnadas y, por tanto, no han ganado en inamovilidad)..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 047/2012 de 16 de septiembre de 2011)

S.2. De la Seguridad Jurídica

"...la seguridad jurídica constituye el elemento fundamental por el que deben regirse los actos de la administración pública. Es tal su relevancia, que ha sido reconocido constitucionalmente y por lo tanto adquiere una profunda importancia, porque le da al administrado la confianza, que los actos administrativos emitidos por el regulador, observarán y respetarán la aplicación de normas válidas y vigentes, **otorgando de esta manera la certidumbre de que se han valorado de forma adecuada e imparcial los hechos que motivaron para emitir un determinado pronunciamiento administrativo**, en ese entendido es que esta instancia jerárquica emitió pronunciamiento de todos y cada uno de los agravios alegados por los recurrentes sin perjuicio de que el instituto de la prescripción haya operado a favor de estos..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 051/2011 de 11 de octubre de 2011).

S.3. Del Silencio Administrativo

"...si el silencio administrativo se produce por la inactividad del administrador, sujeta a la responsabilidad de este, por un criterio de equidad entre recurrente y recurrido, la inactividad del administrado también debe quedar sujeta a su propia responsabilidad..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2011 de 21 de noviembre de 2011).

S.3.1. Del Silencio Administrativo

*"...En principio y en la línea doctrinal, se debe partir de la premisa de la **obligación** que tiene la **Administración** de resolver expresamente todos los **procedimientos** que tramite, de tal manera que el silencio administrativo es una técnica establecida por la **ley** ante la falta de resolución, en plazo, de los **procedimientos** administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la **Administración**.*

Así, el silencio administrativo responde a una forma simple de producción de una realidad administrativa: transcurso del plazo máximo de resolución sin que se hubiera pronunciado la resolución respectiva.

*En el caso del silencio negativo surge un acto ficticio con los solos efectos de posibilitar el acceso a los **recursos administrativos** o jurisdiccionales, según proceda.*

Entonces, el reclamo de las recurrentes es legítimo por cuanto, el silencio administrativo, como efecto ante la inactividad de la Administración, ha sido implementado por el legislador -no por la propia Administración- a favor del administrado, a efectos con ello garantizar su derecho de petición consagrado por el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, y que conlleva también el derecho "a la obtención de respuesta formal y pronta", así como la responsabilidad por la falta de pronunciamiento como deber fundamental de la Administración.

Entonces, ante la inactividad señalada, se impone la ficción jurídica establecida por el artículo 17° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que conviene transcribir en lo pertinente, a continuación:

"...Artículo 17° (Obligación de Resolver y Silencio Administrativo).

I. La Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación (...)

III. Transcurrido el plazo previsto sin que la Administración Pública hubiera dictado la resolución expresa, la persona podrá considerar desestimada su solicitud, por silencio administrativo negativo, pudiendo deducir el recurso administrativo que corresponda o, en su caso jurisdiccional.

IV. La autoridad o servidor público que en el plazo determinado para el efecto, no dictare resolución expresa que resuelva los procedimientos regulados por la presente Ley, podrá ser objeto de la aplicación del régimen de responsabilidad por la función pública, conforme a lo previsto en la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamentales y disposiciones reglamentarias.

V. El silencio de la administración será considerado como una decisión positiva, exclusivamente en aquellos trámites expresamente previstos en disposiciones reglamentarias especiales, debiendo el interesado actuar conforme se establezca en estas disposiciones..."

Entonces, no puede constituir el silencio administrativo una salvaguarda en favor de la Administración, por cuanto para ella, está más bien el deber de responder formal y prontamente al administrado, como señala el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, con ello, "a dictar resolución expresa en todos los procedimientos" como dice el transcrito artículo 17° de la Ley N° 2341, de manera tal que, contrariamente a lo que sugiere el artículo octavo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012 (texto modificado por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012), **no puede la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispensarse de tales obligaciones, so pretexto de que de no hacerlas, le queda -cual si fuera a su favor y no a favor de los administrados- el silencio administrativo negativo..."**
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2012 de 28 de noviembre de 2012)



T.1. Tipificación

“...3.1.1. EN CUANTO A LA PRIMERA INFRACCIÓN.-

*Compulsado el expediente, tenemos que la notificación de cargos para la primer cargo (infracción primera), hace referencia a que se habría incumplido con los artículos 25 y 26 inciso c), sin embargo ya en la Resolución Sancionatoria ASFI/Nº 531/2010 de 28 de junio de 2010 a Fs. 242 en su parte considerativa se hace mención al incumplimiento a los artículos 25 y 26 incisos **a)** y c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, y en la Resolución Administrativa ASFI Nº 749/2010 de 25 de agosto a fs. 595, en su parte considerativa se señala, que consecuentemente, en el presente caso se confirma el incumplimiento a los artículos 25 y 26 inc. c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, sin hacer ya referencia al inciso a).*

3.1.2. EN CUANTO A LA SEGUNDA INFRACCIÓN.-

La notificación de cargos a fs. 192, en cuanto a la infracción segunda, señala: “Dicha conducta, habría incumplido lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25514 de 17 de septiembre de 1999, inciso a) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6) del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización (...)”

Nótese en este punto que en la infracción segunda, no se habla del cargo referente al incumplimiento del Artículo 30 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, por lo que no se podría sancionar a (...) por incumplimiento al Artículo 30 ya que este cargo no fue notificado dentro de la infracción segunda.

*Sin embargo de la revisión de la Resolución Administrativa 749/2010 de 25 de agosto de 2010 a Fs. 591, en el considerando se establece que: “(...) **correspondía aplicar la sanción a una infracción específica sancionable con multa de Primer Rango**, en el artículo 20, inc. b) Primer Rango numeral 7 del Reglamento de aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores con sanción de multa, calculada en bolivianos equivalente a \$us 2000.- (Dos mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) **por incumplimiento** al artículo 26*

incisos a) y **30 a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización** aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6) de Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 052 de 14 de febrero de 2000." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el presente caso al haberse sancionado a (...) por el incumplimiento al artículo 30) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, **cargo e incumplimiento que no fue notificado ni sancionado en primera instancia ha violado el principio del debido proceso.**

Efectivamente del análisis que antecede se puede evidenciar que en la Resolución Sancionatoria de primera instancia en muchos casos no hace referencia a las otras normas supuestamente infringidas en la Resolución Administrativa ASFI Nº 749/2010 de 25 de agosto, hecho que efectivamente ha dado lugar a que se vulneren los principios de congruencia, debido proceso seguridad jurídica..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de 20 de enero de 2011).

T.1.1. Tipificación

"...Que al respecto de la tipificación de las sanciones ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011 determinó:

"...Por lo tanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite considerar en el presente caso, que si bien una norma tipifica la conducta reprochable y otra norma es la que sanciona, las mismas no son autónomas, es decir que debe existir una relación entre la conducta reprochable y la sanción impuesta, (la primera nos formula una orden o prohibición y la segunda nos remite a la infracción la misma que no puede apartarse de la conducta reprochable).

El hecho de que el legislador haya establecido una gama de posibilidades, clasificación de las infracciones en la ley de Bancos y Recopilación de Normas para el Sistema Financiero es justamente para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adecúe la conducta a la sanción que corresponda, no pudiendo aplicarse cualquier sanción a cualquier conducta, ya que este hecho conllevaría a una inseguridad jurídica.

A su vez Alejandro Nieto García en su libro de Derecho Administrativo Sancionador señala:

“... la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera **a) Subsunción de la actuación en un tipo** normativo de infracción, **b) subsunción del tipo en una clase de infracción**; c) Determinación de la correlación entre la **clase de infracción y la clase de sanción** d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase.” (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

“El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de **predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas (...)**”

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa (...)” (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido:

“... la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemptum legis) y de la sanción (sanctio legis). **El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental** “nullum crimen, nulla poena sine lege”, criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van

dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria....”

De lo transcrito tenemos que tanto la conducta como la norma infringida deben encontrarse relacionadas, teniendo en cuenta que sólo constituyen conductas sancionables, las infracciones previstas expresamente en normas cumpliéndose de esta manera con el principio de tipicidad...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 051/2011 de 11 de octubre de 2011).

T.2. De la Participación del Tercero Interesado

“...Un proceso judicial exige la concurrencia legítima de las partes y del juez; a este respecto, los artículos del 108° al 114° del Código Procesal del Trabajo determinan sean esos los sujetos quienes intervengan en un proceso social, figura coincidente con la del artículo 50° del Código de Procedimiento Civil, sirviendo ello para concluir que no es posible participar en un juicio, si no se es parte del mismo, y por tanto, cualquier participación de un tercero debe ser rechazada. No obstante ello, los artículos 220° y 221° del Código Procesal del Trabajo (al que, de acuerdo con los artículos del 1° al 4° de la misma norma, y 73°, numeral 9, de la Ley del Órgano Judicial de 24 de junio de 2010, debe sujetarse la jurisdicción en materia laboral) prevé la participación de terceras personas bajo el instituto jurídico de la tercería.

En ese sentido, al tercerista admitido por el juez, no se lo considera como a un tercero sino como una más de las partes empero limitada a su incidente.

Establece Cabanellas que, la tercería es un “Derecho que en un pleito ya en curso reclama, entre dos o más litigantes, quien coadyuva con uno de ellos o el que interpone una pretensión particular” y en lo referido a la tercería de dominio - que en general, en la legislación boliviana se denomina más precisamente “de dominio excluyente”-, establece que es la “Reclamación procesal planteada entre dos litigantes o más, por quien alega ser propietario de uno o más de los bienes litigiosos en tal causa” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), mención válida por cuanto, el artículo 220° del Código Procesal del Trabajo, a conformidad con lo manifestado por la recurrente en oportunidad de la Audiencia de exposición oral de fundamentos, señala que “En los juicios sociales sólo serán admisibles las tercerías de dominio excluyente sobre el bien embargado”.

Tal limitante, propia de la legislación boliviana, subsiste no obstante que la doctrina del Derecho del Trabajo, aquí expresada en la posición de Euquerio Guerrero en su Manual del Derecho del Trabajo -y que pone énfasis en el carácter legal de la facultad para intervenir como tercerista-, es más amplia al señalar que:

“...hay ocasiones en que personas aparentemente extrañas al litigio pueden ser afectadas por las resoluciones que en éste se dicten y entonces la ley las faculta para intervenir en el procedimiento, como coadyuvantes de una de las partes, o bien, autoriza a los tribunales de trabajo para que las llamen a juicio con el objeto de que puedan disponer de las garantías necesarias para ser oídas y vencidas en el mismo...”

Debe hacerse notar que en el caso boliviano, la limitante hace a la naturaleza protectora propia del Derecho del Trabajo, también considerada en el artículo 48º, numeral II, de la Constitución Política del Estado Plurinacional y que encuentra plena subsistencia en la práctica jurídica conforme se infiere de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en sus sentencias siguientes:

Sentencia Constitucional 384/2003-R:

“...El art. 220 del Código Procesal del Trabajo (CPT), establece que en los juicios sociales solo serán admisibles las tercerías de dominio excluyente sobre el bien embargado, debiendo, en tal caso el tercerista, interponer su acción acompañando inexcusablemente el instrumento que acredite su derecho de propiedad debidamente registrado...”

Sentencia Constitucional 0412/2004-R:

“...De otro lado, el art. 220 CPT establece que en los juicios sociales sólo serán admisibles las tercerías de dominio excluyente sobre el bien embargado; en tal caso el tercerista deberá interponer su acción acompañando inexcusablemente el instrumento que acredite su derecho de propiedad debidamente registrado...”

Todo lo anterior determina que, los procesos sociales como los determinados por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en la nota AP/DJ/2717/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010, admiten únicamente tercerías cuando los sujetos que las interponen aleguen ser propietarios de los bienes que se litigan en esos procesos.

En el caso, se tiene que (...) S.A. en el cumplimiento de su obligación de cobro de las cotizaciones y primas devengadas conforme se lo exige el artículo 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732, no actúa como propietaria de los bienes litigiosos, sino como titular de una acreencia que busca ser satisfecha mediante el remate del patrimonio de los deudores, o sea el patrimonio litigioso le resulta ser ajeno.

Bajo esta lógica, resulta claro que lo que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha requerido de (...) S.A., una participación que sólo es viable mediante una tercería de mejor derecho o de derecho preferente (la que también conforme a Cabanellas, importa una: "Reclamación que en un pleito, ya en trámite, interpone quien se estime con derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia a su acreedor ejecutante,... o con prelación crediticia general o especial en cualquier otro juicio"), extremo inviable en los procesos sociales por la disposición del artículo 220º del Código Procesal del Trabajo..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2011 de 13 de abril de 2011).

I.3. Del Vocablo "Tracto"

"...La doctrina del derecho ha establecido que el vocablo "Tracto" – proveniente del latín "tractus" que significa un lapso de tiempo – corresponde a una noción dirigida a representar la distancia existente físicamente entre dos lugares, o entre dos puntos que se ubican en el tiempo; en nuestra economía jurídica, al igual que las demás, el citado vocablo hace referencia a un vínculo que tiene cierta permanencia y proyección temporal, en consecuencia, los hechos posteriores que nacen en virtud de un hecho u acto principal se encuentran intrínsecamente ligados y sus resultados serían los mismos...."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2011 de 16 de septiembre de 2011).



V.1.Vicios de Procedimiento de los Contratos

"...Compulsado el expediente, se tiene que se ha verificado la existencia de un contrato transaccional mismo que habría determinado entre los herederos del Sr. Fernando (...) y Mutual (...), la extinción de cualquier obligación entre ellos.

Sin embargo de lo anterior, se debe determinar si el Contrato Transaccional, celebrado entre partes, puede ser revisado, modificado en la vía administrativa, o determinarse su validez y si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tiene competencia para ello.

Es así que, importa en primer término, hacer referencia a lo alegado por los terceros interesados (...) en sus Recursos de Revocatoria donde señalan claramente;

*(...)Ahora bien en relación al Acuerdo podemos aseverar y demostrar que fue firmado **BAJO PRESIÓN** porque existía la amenaza de remate del bien inmueble dado en garantía" (...) (a fs. 101)*

Aspectos que no son considerados, ni fueron motivo de pronunciamiento por parte de la Autoridad de Supervisión Financiera en su Resolución ASFI N° 705/2010 de 16 de agosto de 2010, y por el contrario han sido omitidos.

*Sin embargo, y fundamentalmente, tal situación muestra **que al manifestar que el contrato transaccional hubiera sido firmado con violencia, error el mismo configuraría un vicio en el consentimiento de la firma del contrato transaccional,** implica que las controversias suscitadas sean dilucidadas en vía jurisdiccional, consecuentemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene competencia, para pronunciarse sobre la validez o invalidez, así como su eficacia o ineficacia el contrato transaccional, **al haber una de las partes argüido que la firma del mismo fue realizada bajo presión.***

En el presente caso, la ASFI debió pronunciarse en este sentido que al existir hechos controvertidos en cuanto a la validez o invalidez del acuerdo transaccional los mismos previamente debieron ser dilucidados por autoridad jurisdiccional, careciendo de competencia para emitir pronunciamiento.

Consecuentemente, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no tiene competencia para pronunciarse respecto a la validez o invalidez del mismo, al haberse alegado por una de las partes, la existencia de un vicio del consentimiento, en la firma del contrato transaccional..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2011 de 10 de enero de 2011).

V.2.Valoración de documentos Procesos Penales

"...de la compulsa del expediente administrativo, se tienen documentos concernientes a procesos penales por los presuntos delitos de extorsión y uso indebido de influencias, sin embargo los mismos no puede ser objeto de valoración por esta instancia jerárquica, en razón a que dicha documentación se encuentra en controversia en el ámbito jurisdiccional llamado por Ley. Por lo que, al no existir un pronunciamiento final por la Autoridad competente, esta documentación no puede ser motivo de valoración, ni de fundamentación, y menos pueden ser objeto de juicios de valor por parte del Ente Regulador..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2011 de 23 de diciembre de 2011).