

**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS**

**VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS**

**UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA**

**DE REGULACIÓN FINANCIERA**

**RESOLUCIONES  
MINISTERIALES  
JERÁRQUICAS  
2010**

**BOLIVIA**

## **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS**

Calle Bolívar N° 688  
Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros  
Av. Camacho N° 1413  
Telf.: (591-2) 2203434  
(591-2) 2201204  
Fax: (591-2) 2200501  
<http://www.economiayfinanzas.gob.bo>

Depósito Legal: 4-1-322-11 P.O.

Edición 2011

La Paz – Bolivia

## INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS	PÁGINA
1. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 DE 18 DE ENERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	9
2. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 DE 18 DE ENERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> FUTURO DE BOLIVIA S.A.ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	29
3. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2010 DE 18 DE ENERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	83
4. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 DE 19 DE ENERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.	113
5. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2010 DE 19 DE ENERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	147
6. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2010 DE 12 DE FEBRERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A	191
7. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 DE 17 DE FEBRERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.	221
8. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 DE 23 DE FEBRERO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> BANCO ECONÓMICO S.A. Y SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN "SERPREC LTDA."	259
9. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010 DE 02 DE MARZO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR	357
10. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 DE 17 DE MARZO DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A	437
11. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2010 DE 05 DE ABRIL DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	529
12. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 DE 06 DE ABRIL DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.	547
13. <b>MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 DE 19 DE ABRIL DE 2010</b> ..... <b>RECURRENTE:</b> VALORES UNIÓN S.A.	577

<b>14. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2010 DE 19 DE ABRIL DE 2010 .....</b>	<b>605</b>
<b>RECURRENTE:</b> BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.	
<b>15. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010 DE 03 DE MAYO DE 2010 .....</b>	<b>661</b>
<b>RECURRENTE:</b> ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA	
<b>16. MEFP/VPS/URJ-SIREFI 016/2010 DE 14 DE JUNIO DE 2010 .....</b>	<b>709</b>
<b>RECURRENTE:</b> FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
<b>17. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2010 DE 16 DE JUNIO DE 2010 .....</b>	<b>729</b>
<b>RECURRENTE:</b> PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA	
<b>18. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2010 DE 29 DE JUNIO DE 2010 .....</b>	<b>755</b>
<b>RECURRENTE:</b> FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO	
<b>19. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2010 DE 29 DE JUNIO DE 2010 .....</b>	<b>761</b>
<b>RECURRENTE:</b> BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A	
<b>20. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2010 DE 01 DE JULIO DE 2010 .....</b>	<b>807</b>
<b>RECURRENTE:</b> ENTIDAD DE DEPÓSITO DE VALORES DE BOLIVIA S.A. (EDV)	
<b>21. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 DE 27 DE AGOSTO DE 2010 .....</b>	<b>833</b>
<b>RECURRENTE:</b> POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.	
<b>22. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2010.....</b>	<b>861</b>
<b>RECURRENTE:</b> BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.	
<b>23. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2010 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010 .....</b>	<b>895</b>
<b>RECURRENTE:</b> FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
<b>24. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2010 DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2010 .....</b>	<b>915</b>
<b>RECURRENTE:</b> LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ YHP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.	
<b>25. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 DE 04 DE OCTUBRE DE 2010 .....</b>	<b>1009</b>
<b>RECURRENTE:</b> FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	
<b>26. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2010 DE 14 DE OCTUBRE DE 2010 .....</b>	<b>1049</b>
<b>RECURRENTE:</b> FUTURO DE BOLIVIA S.A ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	



<b>27. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2010 DE 05 DE NOVIEMBRE DE 2010 .....</b>	<b>1065</b>
<b>RECURRENTE:</b> FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
<b>28. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2010 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010 .....</b>	<b>1071</b>
<b>RECURRENTE:</b> CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR S.A.)	
<b>29. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2010 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2010 .....</b>	<b>1093</b>
<b>RECURRENTE:</b> LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	
<b>30. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010 .....</b>	<b>1109</b>
<b>RECURRENTE:</b> VALORES UNIÓN S.A.	
<b>31. ESTADISTICAS.....</b>	<b>1135</b>





## **RECURRENTE**

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**AP/DPNC N° 54.2009 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 DE 18 DE ENERO DE 2010**

## **FALLO**

CONFIRMA PARCIALMENTE



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010**

La Paz, 18 de enero de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por el Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez, contra la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 54.2009 de 02 de septiembre de 2009, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°056/2009 de 30 de diciembre de 2009, emitido por la de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 22 de septiembre de 2009, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN**

**AFP S.A.**) representada legalmente por el Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez según Testimonio Poder N° 627/2008 de 24 de noviembre del 2008 otorgado por ante Notaría de fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz Dra. Juana Mery Ortiz Romero; interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 54.2009 de 02 de septiembre de 2009, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 126 de 05 de marzo de 2009.

Que, mediante carta AP/DJ/954/2009 de fecha 24 de septiembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remite el expediente administrativo del Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 54.2009 de 02 de septiembre de 2009 al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 30 de septiembre de 2009 se ha admitido el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**

Que mediante Auto de Excusa de fecha 8 de octubre de 2009, se acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillen Suarez, y se designa al Lic. Roberto Ugarte Q., Viceministro de Política Tributaria para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén S., en la tramitación del proceso recursivo señalado y sea hasta su conclusión.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP N° 126 DE 5 DE MARZO DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 126 de 5 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, resuelve sancionar y desestimar sanción a BBVA PREVISIÓN AFP S.A., conforme se expone en la parte resolutive, que se pasa a transcribir:

**“ARTÍCULO 1.-** Sanciona a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A.:

- a) En relación al **Cargo N° 1**, al haberse establecido que la conducta antijurídica es reiterativa se sanciona a BBVA Previsión AFP S.A, por sesenta y cinco (65) casos con una multa en Bolivianos equivalente a Tres Mil Doscientos Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us 3.250,00), por incumplimiento a lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 2 de la Resolución Administrativa N° 257/2004 de 7 de junio de 2004.

- b) En relación al **Cargo N° 2**, al haberse establecido que la conducta antijurídica es reiterativa se sanciona a BBVA Previsión AFP S.A., por veintidós (22) casos con una multa en Bolivianos equivalente a Dos Mil Doscientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ( \$us. 2.200,00), por incumplimiento a lo dispuesto en el párrafo segundo del Artículo 8 de la Resolución Administrativa N° 257/2004 de 7 de junio de 2004.
- c) En relación al **Cargo N° 3**, se sanciona a BBVA Previsión AFP S.A., por cuarenta y siete casos, con una multa en Bolivianos equivalente a Dos mil Trescientos Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us 2.350,00) por incumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 3 punto ii de la Resolución Administrativa N° 511/2005 de 24 de junio de 2005.
- d) En relación al **Cargo N° 4**, se sanciona a BBVA Previsión AFP S.A por trece (13) casos, con una multa en Bolivianos equivalente a Seiscientos Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us 650,00), por incumplimiento dispuesto en el Artículo 10 de la Resolución Administrativa N° 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002.
- e) En Relación al **Cargo N° 5**, se Desestima la sanción a BBVA Previsión AFP S.A.
- f) Se desestima los casos pertenecientes a los NUB 100239603, 900169054 y 700931837, correspondientes al **Cargo N° 2**, por haber sido debidamente descargados.
- g) Se desestima los casos pertenecientes a los NUB 100117405 y 600183093, correspondientes al **Cargo N° 3**, por haber sido debidamente descargados

**ARTÍCULO 2.-**Se deja establecido que en el caso de evidenciarse, como consecuencia de un 'pago con defecto' señalado en el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 511 de 24 de junio de 2005, se hubiera causado daño a algún Beneficiario o al FCC, dichos casos individualmente considerados, serán susceptibles del inicio del proceso sancionador en el marco de la normativa vigente.

**ARTÍCULO 3.-I.** Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865-TGN- Cuenta Transitoria, del Tesoro General de la Nación habilitada para tal efecto, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.

**II.** Una Copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la SPVS para su correspondiente descargo en el plazo de cinco (5) días hábiles de efectuado el depósito."

## 2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 6 de mayo de 2009, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpuso Recurso de Revocatoria contra el cargo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 126 de 05 de marzo de 2009, argumentos que fueron expuestos en su totalidad en su Recurso Jerárquico.

## 3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AAP/DPNC N° 54. 2009 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-

Mediante la cual se confirma, en todas sus partes la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 126 de 05 de marzo de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

### “CONSIDERANDO:

*Que, en función a los argumentos planteados y la documentación presentada por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria de fecha 04 de mayo de 2009, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:*

*Que, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros sanciona el Cargo N° 3 a la AFP debido a que la misma no presentó a la Comisión Fiscalizadora la documentación requerida que respalda la regularización de cuarenta y siete (47) pagos cuyos defectos fueron regularizados sin considerar lo previsto en el artículo 3 punto ii de la Resolución Administrativa SVS/IP N° 511 de 24 de junio de 2005, norma que expresa con meridiana claridad el Procedimiento de Regularización para Pagos con Defecto Operativo, estableciendo que **la AFP es la directa y única entidad responsable de la regularización y desbloqueo** de los pagos con defecto operativo, para lo cual obligatoriamente debe contar con la documentación válida para cada caso que justifique la actividad realizada, adoptando para este fin los mecanismos de control necesarios.*

*Que, BBVA Previsión AFP S.A. indica en el Recurso de Revocatoria lo siguiente: ‘...Los citados **registros fueron informados como pagos con Defecto de Datos u Operativos**, según corresponda, en los Cites., y desde esa fecha hasta nuestros días los registros por lo que nos sancionan no fueron habilitados por la AFP, es decir, se encuentran bloqueados en la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL ...’ Al respecto, la aseveración del regulado sólo viene a ratificar el incumplimiento a la norma imputada, la cual determina claramente que para **la regularización y el desbloqueo** de los pagos con defecto operativo **se cuente con los documentos de regularización válidos** para cada caso, debiendo para tal efecto la AFP contar en sus archivos con la documentación idónea; sin embargo, cuando el regulado indica que informó los casos de pagos con defecto al regulador, no explica ni respalda documentalmente por qué dio continuidad al procedimiento de regularización generando pagos posteriores al desbloqueo de los registros, sin tomar en cuenta que el tipo de respuesta*



otorgado por la Dirección Nacional de Identificación Personal (**DNIP**) concluye que los documentos presentados por la AFP no son los correctos para la regularización de los registros.

Que, asimismo la nota PREV PR 1430-2009 de fecha 17 de febrero de 2009, remitida por la AFP viene a corroborar lo expresado en el párrafo precedente al indicar lo siguiente: '... son Pagos con Defecto de Datos, mismos que no fueron regularizados porque en cumplimiento de las Resoluciones Administrativas SPVS-IP 257 y 511 de fechas 7 de junio de 2004 y 24 de de junio de 2005 respectivamente, esta Administradora de Fondos de Pensiones ha realizado las gestiones necesarias ante la Dirección Nacional de Identificación Personal dependiente de la Policía Nacional, conforme se evidencia en la documentación que se adjunta, estos dieciséis (16) casos no fueron regularizados porque la Dirección Nacional de Identificación en la casilla de observaciones expresa 'Incompleto' o 'No Corresponde'. Asimismo, de la revisión de la BDBB de estos casos se establece que los mismos no se encuentran habilitados para el cobro' Por tanto, se comprueba que el argumento utilizado es insuficiente, al quedar claro que la AFP no contaba con la documentación idónea y necesaria a momento de recurrir al procedimiento de regularización previsto en el artículo 3 punto ii de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 511/2005 de 24 de junio de 2005, debido a que la DNIP no certificó la identidad de los mencionados casos, al no contar con la documentación precisada.

Que, asimismo, del análisis del Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A., señala lo siguiente: 'La Ley 3191 (Ley de la Renta Universal de Vejez) de fecha 28 de noviembre de 2007 en su artículo 6 manda y ordena que la entidad reguladora de pensiones elaborará la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Universal de Vejez y de los Gastos Funerales, asimismo, establece que dicha entidad es la responsable de la actualización de la misma'. Al respecto, corresponde aclarar al regulado que para el verificativo del cumplimiento del Margen de Efectividad del 99% de pagos del Bonosol 2007 libres de error alcanzado por BBVA Previsión AFP S.A , la ex SPVS consideró para la evaluación de la regularización y desbloqueo de pagos de Bonosol con defecto operativo el presente cargo la normativa aplicable a ese momento. En ese entendido, lo argumentado por el regulado no corresponde al establecerse que al momento del verificativo de los defectos operativos, la normativa de la Renta Universal de Vejez no se hallaba en vigencia.

Que, por lo expuesto anteriormente, se concluye que la AFP no ha presentado los argumentos suficientes para que la multa impuesta deba ser revocada, debiendo por consecuencia ratificarse la sanción.

Que, con relación a los otros cargos que fueron objeto de sanción mediante R.A. 126/2009, la AFP no emite pronunciamiento, por lo que corresponde se ratifique la sanción impuesta.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el ente regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la RA. 126/2009. En consecuencia, debe confirmarse la misma con la siguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, indica ' I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida... '.

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 22 de septiembre de 2009, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por el Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 54.2009 de 02 de septiembre de 2009 argumentado lo siguiente:

##### **I.- ANTECEDENTES:**

En fecha 8 de septiembre del año en curso, BBVA PREVISIÓN AFP fue notificada con la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 54 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones A-P en fecha 02 de septiembre de 2009, resolviendo confirmar la Resolución SPVS-IP 126 de fecha 05 de marzo de 2009, disposición que sanciona económicamente a esta Administradora dentro del proceso de fiscalización del Proceso del Margen de Efectividad del pago de Bonosol de la Gestión 2007.

##### **II.- FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN:**

La Resolución Sancionatoria en el Cargo 3 incisos a), b) c), d) y e) fundamenta la sanción manifestando que los registros de todos los beneficiarios citados en la misma se encuentran regularizados y habilitados en la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL, hecho que a continuación demostramos que no es evidente.

De la revisión de la documentación y los reportes que se adjuntan, se establece que los NUB'S 163207,100068881, 100149854, 100154492, 100157326, 100212756, 100216640,100262465, 220072991, 220936153, 500045400,500140013, 500203450,500209690, 500218735, 500231391, 500232573, 500266632, 600011403, 600185777, 700254587, 700357601,700400777, 700414619, 700440418, 700501393, 700547454, 701014140, 701017669, 900136791, 900138686, 900143121, 900143912,

900146984, 900148964, 900194249, 900194433, 900196463, 900198557 y 900199783a la fechas de cobro del Bonosol de la gestión 2007, 08/8/2007, 11/10/2007 17/07/2007, 03/09/2007, 09/07/2007, 17/07/2007, 27/12/2007 28/05/2007 10/11/2007, 05/12/2007, 13/12/2007, 16/07/2007, 05/10/2007, 16/07/2007, 29/10/2007, 29/08/2007, 24/12/2007, 27/09/2007, 08/06/2007, 27/12/2007, 24/10/2007, 03/08/2007, 29/05/2007, 18/12/2007, 10/08/2007, 13/06/2007, 10/10/2007, 11/10/2007, 30/08/2007, 22/09/2007, 21/12/2007, 08/11/2007, 22/12/2007, 11/12/2007, 29/10/2007, 20/08/2007, 29/08/2007, 15/10/2007 12/11/2007 y 26/12/2007 respectivamente, no se encontraban bloqueados e históricamente no tienen ningún bloqueo activado en sus registros.

Al no tener bloqueo con fecha anterior a la fecha de cobro del beneficio del Bonosol de la gestión 2007, todos los pagos se encuentran correctamente habilitados.

Luego del proceso de revisión de comprobantes de pago y documentos de identificación se evidenció que se constituyeron en 'Pagos con Defecto' y en cumplimiento a la normativa vigente han sido bloqueados por la AFP en fechas 19/10/2007, 26/12/2007, 26/09/2007, 12/11/2007, 17/09/2007, 26/09/2007, 29/01/2008, 10/08/2007, 10/01/2008, 28/01/2008, 01/02/2008, 26/09/2007, 14/12/2007, 26/09/2007, 08/01/2008, 09/11/2007, 13/02/2008, 05/12/2007, 17/08/2007, 12/02/2008, 04/01/2008, 15/10/2007, 10/08/2007, 08/02/2008, 22/10/2007, 21/08/2007 21/12/2007, 26/12/2007, 12/11/2007, 03/12/2007, 11/02/2008, 10/01/2008, 08/02/2008, 31/01/2008, 08/01/2008, 17/01/2008, 15/01/2008, 27/12/2007, 14/01/2008, 12/02/2008 respectivamente, mismos que fueron reportados a la SPVS en fechas 19/10/2007, 31/12/2007, 01/10/2007, 14/11/2007, 20/09/2007, 01/10/2007, 31/01/2008, 16/08/2007, 10/01/2008, 31/01/2008, 12/02/2008, 01/10/2007, 20/12/2007, 01/10/2007, 10/01/2008, 14/11/2007, 21/02/2008, 10/12/2007, 06/09/2007, 21/02/2008 07/01/2008, 19/10/2007, 16/08/2007, 12/02/2008, 31/10/2008, 06/09/2007, 31/12/2007, 31/12/2007, 14/11/2007, 10/12/2007, 12/02/2008, 10/01/2008, 12/02/2008, 31/01/2008, 10/01/2008, 25/01/2008, 17/01/2008, 31/12/2007, 17/01/2008, 21/02/2008, con los Cites PREV-PR. 9075/07, 1083/07, 8186/07, 9081/07, 7302/07, 8186/07, 641/08, 6705/07, 62/08, 641/08, 647/08, 8186/07, 10828/07, 8186/07, 62/08, 9081/07, 649/08, 10826/07, 7297/07, 649/08, 10826/07, 9075/07, 6705/07, 647/08, 9079/07, 6713/07, 641/08, 64/08 9081/07, 10826/07, 647/08, 62/08, 64/08 641/08. 62/08, 68/08, 64/08, 1083/07, 64/08 y 649/08.

Todos estos registros fueron bloqueados con el código de observación de Pago con Defecto IAO070, 060, 020 y 090, según corresponda en aplicación a lo establecido por las Resoluciones Administrativas SPVS-IP 257 y SPVS-IP 511 de fechas 7 de junio de 2004 y 24 de junio de 2005.

De conformidad a lo establecido por la Resolución citada, todos los registros bloqueados con código IAO por Pagos con Defecto de Datos deben ser

regularizados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros una vez que la AFP ha remitido la documentación presentada por el afiliado o gestionada ante las autoridades competentes. Asimismo todos los registros bloqueados con el código IAO por Pagos con Defecto Operativos deben ser habilitados por la AFP, una vez cumplidas las gestiones realizadas ante las autoridades competentes.

Una vez reportados los 'Pagos con Defecto' y bloqueados los mismos en cumplimiento a las disposiciones administrativas, la AFP realizó gestiones ante la Dirección Nacional de Identificación Personal de la Policía Boliviana, requiriendo el informe de la existencia las Tarjetas Prontuario de los beneficiarios observados, proceso que se hizo en el plazo establecido, mismo que debe computarse a partir de la fecha de reporte a la SPVS.

El informe de la Dirección Nacional de Identificación Personal de la Policía Boliviana informa que no se tiene información de los NUB'S reportados, motivo por el que no se procedió a la habilitación de estos registros,

Por último, la Ley 3191 (Ley de la Renta Universal de Vejez) de fecha 28 de noviembre de 2007 en su Artículo 6° manda y ordena que la entidad reguladora de pensiones elaborará la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Universal de Vejez y de los Gastos Funerales, asimismo, establece que dicha entidad es la responsable de la actualización de la misma. El hecho que los registros por los que se nos sanciona estén habilitados en la Base de Datos de los beneficiarios de la Renta Universal de Vejez es de responsabilidad exclusiva de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y no de esta Administradora de Fondos de Pensiones.

A la fecha, en la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol los NUB'S observados se encuentran bloqueados por la AFP y el hecho de que los mismos se encuentran habilitados en la Base de Datos de la R.U.V. es responsabilidad única y exclusiva de la SPVS al amparo de lo dispuesto por la Ley y el Decreto Reglamentario de la R.U.V

**CARGO 4** ,Con referencia al cargo 4, se estableció que de la revisión de la documentación y los reportes que se adjuntan los NUB'S 900101496, 600011403, 100149854, 900143121, 300687739, 700164799, 700180363, 300028981 y 220026195, a la fecha de cobro del Bonosol de la gestión 2007, 30/01/2007, 08/06/2007, 17/07/2007, 08/11/2007, 02/01/2007, 06/01/2007, 15/01/2007, 08/02/2007, 26/02/2007 respectivamente, no se encontraban bloqueados e históricamente no tienen ningún bloqueo activado en sus registros.

Luego del proceso de revisión de comprobantes de pago y documentos de identificación se evidenció que se constituyeron en ' Pagos con Defecto' y en cumplimiento a la normativa vigente han sido bloqueados por la AFP en fechas

17/02/2007, 17/08/2007, 26/09/2007,10/01/2008, 26/03/2007,30/03/2007, 10/04/2007 27/04/2007, 15/05/2007 con los Cites PREV-PR 1686/07, 6713/07, 8186/07, 62/08, 1682/07, 1686/07, 2355/07 2361/07

### **III.-PETITORIO**

*Por los argumentos expuestos, PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) al amparo del Artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 concordantes con el Artículo 11 del Decreto Supremo 71 de fecha 09 de abril de 2009, dentro del término de 10 días administrativos, interpone el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC 54.2009 de fecha 02 de septiembre de 2009 que confirma la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 126 de fecha 5 de marzo de 2009, solicitando a su Autoridad REVOQUE PARCIALMENTE la misma, en virtud a los argumentos de hecho y derecho presentada por la AFP demostrando que los registros citados en el cargo 3 de la Resolución impugnada, a la fecha siguen bloqueados en la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL desde la fecha de reporte como 'pago con defecto' a la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros..."*

### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1. DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.-**

Los principales principios administrativos en materia sancionatoria, que rigen el procedimiento sancionatorio, y hacen al caso de Autos, se revisan a continuación:

##### **1.1.- Principio de Tipicidad.-**

La Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 73, referente al Principio de Tipicidad determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas por Ley, y sólo podrán imponerse

aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Por su parte en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, referente al Principio de Tipicidad se expresa que:

*“... el principio de tipicidad se realiza a través de la **descripción completa, clara e inequívoca** del precepto (praeceptum 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”. (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Asimismo, importará tener en cuenta, que determinada la infracción cometida por el administrado, la sanción debe corresponder, o estar íntimamente relacionada con la infracción, caso contrario, no se estaría cumpliendo con el principio de tipicidad.

## **1.2.- Principio de Congruencia.-**

El principio de congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

*“... **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”.*

En la misma línea de razonamiento, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09 de noviembre de 2004, fundamenta que:

*“Es en ese contexto que la Resolución Administrativa definitiva dictada por la autoridad respectiva no puede contener hechos distintos ni omitir ninguna de las solicitudes o pretensiones formuladas por la persona que ha solicitado se dé inicio a determinado procedimiento administrativo, debiendo las mismas ser resueltas en un mismo acto administrativo”.*

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, 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 la circunstanciada motivación de la sentencia señalando y justificando especialmente los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha .

### **1.3.- Seguridad Jurídica.-**

La **seguridad jurídica** en todo proceso permite establecer a cabalidad que el procedimiento administrativo haya sido cumplido, traducándose en un valor supremo del derecho que conduce al camino correcto en el que los jueces, tribunales y administradores de justicia en general deben seguir para obrar en equidad y derecho, buscando la mayor congruencia entre lo legal y lo justo, permitiendo que los administrados conozcan en todo momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones.

El derecho y la certidumbre que tiene toda persona frente a las decisiones de la administración pública es una cuestión de seguridad jurídica que debe ser adoptada en el marco de la aplicación objetiva de la Ley, de acuerdo a los principios generales de la actividad administrativa.

Entonces, la importancia de la seguridad jurídica es fundamental en un proceso sancionatorio, al garantizarse un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios administrativos que tiendan a respetar “un debido proceso”.

## **2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

Previo al análisis de fondo hay que referirnos sobre los cargos que no fueron objeto de impugnación en instancia jerárquica, cuales son 1, 2 y 5, mismos que se mantienen firmes en primera instancia administrativa.

### **2.1 CON REFERENCIA AL CARGO No. 3.-**

#### **2.1.1 De la infracción cometida:**

La Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ha imputado y sancionado a BBVA Previsión AFP S.A. por incumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 3 punto ii de la Resolución Administrativa N° 511/2005 de 24 de junio de 2005, que determina:

***“TERCERO.- (PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN).** Una vez que se cuente con los documentos de regularización, válidos para cada caso, se deberá seguir el procedimiento que se detalla a continuación:*

*...ii. **Pago con defecto operativo.-** La regularización y desbloqueo de los pagos con defecto operativo, será de exclusiva responsabilidad de la AFP, debiendo ésta adoptar los controles necesarios, a fin de verificar que cuentan con los documentos válidos requeridos según sea el caso.*

*La documentación de regularización deberá ser archivada en la AFP para posterior fiscalización de la Intendencia de Pensiones de acuerdo al procedimiento establecido para el efecto.*

*Todos los registros desbloqueados por regularización de este tipo de defecto, deberán ser reportados por la AFP a la SPVS, dentro los plazos de regularización establecidos en la Resolución Administrativa SPVS N° 257 de 7 de junio de 2004...”*

#### **2.1.2 Del proceso de regularización y desbloqueo de los pagos con defecto:**

Conforme determina la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 511 de 24 de junio de 2005 (RA 511/2005), que modifica y amplía la Resolución Administrativa SPVS No. 257 de 7 de junio de 2004, existen dos tipos de pagos con defecto que pueden ser objeto de regularización, el pago con defecto de datos y el pago con defecto operativo.

El **pago con defecto de datos**, conforme al artículo 1 de citada RA 511/2005, es aquel pago que no cumple con los requisitos establecidos, **al existir diferencias de datos** entre el documento que sirvió para el cobro del BONOSOL y la Base de Datos de



Beneficiarios del BONOSOL al momento del pago. Las diferencias corresponden a nombres o apellidos o tipo de documento de identidad o número de documento de identidad o fecha de nacimiento o una combinación de ellos.

El **pago con defecto operativo** es aquel pago con defecto cuya observación surge por la **ausencia o ilegibilidad de algún documento** requerido, o **diferencia de datos entre la documentación adicional** requerida y el documento de identidad, en cuanto a diferencias ortográficas en nombres y apellidos o exclusión o inclusión de nombres.

Habiendo procedido con la revisión conceptual de lo que se entiende por pagos con defecto, corresponde ingresar al análisis del procedimiento que la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) debe seguir para la regularización y desbloqueo –si corresponde- de los pagos con defecto detectados.

La Resolución Administrativa No. 257 de 07 de junio de 2004 (RA 257/2004), determina en su Artículo 2, que la AFP **debe** reportar a la Entidad Fiscalizadora los Pagos con Defectos, en un plazo máximo de noventa (90) días calendario a partir de la fecha en que se realizó el pago. Asimismo determina que la AFP debe bloquear los registros en un plazo máximo de un día hábil a partir de la fecha en que se detecte el Pago con Defecto. Este bloqueo permanecerá vigente en las gestiones siguientes hasta su reactivación conforme a procedimiento.

Por su parte el Artículo 3 de la RA 257/2004 (texto que incluye la modificación de la RA 511/2005) determina que todos los pagos con defecto **podrán** ser regularizados por las AFP en un plazo máximo de cincuenta(50) días calendario a partir de la fecha en que la AFP reportó éstos a la SPVS. El Artículo 4 de la RA 257/2004 y Artículo 2 de la RA 511/2005, establecen el procedimiento que la AFP debe seguir para la regularización, según el tipo de pago con defecto.

El Artículo 3 de la RA 511/2005, especifica que para los pagos con defecto de datos, la AFP **debe** solicitar la aprobación de la SPVS, para cuyo efecto remitirá la documentación que respalde la regularización conforme a normativa. La SPVS revisada la documentación aceptará la regularización mediante el envío de la actualización de registro o en comunicación escrita o electrónica, caso contrario rechazará la regularización.

El citado artículo, establece que la regularización y desbloqueo de los pagos con defecto operativo, **es de exclusiva responsabilidad de la AFP**, debiendo ésta adoptar los controles necesarios, a fin de verificar que cuentan con los documentos válidos requeridos para el efecto, asimismo está obligada a archivar en la AFP la documentación de regularización para posterior fiscalización de la Autoridad

Fiscalizadora. Asimismo determina que los registros desbloqueados, deberán ser reportados por la AFP a la Autoridad Fiscalizadora, dentro de los plazos de regularización.

### 2.1.3 Del caso de Autos:

Conforme se evidencia del expediente administrativo, cursante en archivo, el proceso que siguieron los 49 casos observados por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, fue el siguiente:

BBVA Previsión AFP S.A. reportó 2,367 pagos con defecto regularizables a la Autoridad Fiscalizadora.

Conforme detalla el Reporte Técnico RT/IP/DPNC/162/2008 de 12 de diciembre de 2008, BBVA Previsión AFP S.A. presentó ante la Autoridad Fiscalizadora los requisitos para la regularización de 2,216 Pagos con Defecto, sin embargo, las solicitudes de regularización de 1,847 de estos casos fueron presentados por la AFP excediendo el plazo máximo de 140 días calendario. Cuarenta (40) de los Cuarenta y Nueve (49) casos observados se encontraban incluidos en los 1,847 casos presentados fuera de plazo.

Los 49 casos observados fueron detectados a consecuencia de la Fiscalización practicada, en atención a la Orden de Fiscalización IP/DPNC/04/2008 de 30 de septiembre de 2008, determinándose que dichos pagos no cuentan con documentación adjunta que evidencie la regularización.

La Autoridad Fiscalizadora, estableció que los 49 casos correspondían a pagos **con defecto operativo**, al emitir cargos mediante nota SPVS No. 030.2009 de 14 de enero de 2009 (Cargo 3), señalando que la regularización no siguió el procedimiento establecido en el Artículo 3 inciso ii) de la RA 511/2005, al no haberse evidenciado la existencia de documentación que respalde la regularización.

La AFP mediante nota PREV PR 1430-09 de 17 de febrero de 2009, presentó sus descargos, y precisó lo siguiente:

- Veintinueve(29) casos corresponden a Pagos con Defecto Operativo.
- Dieciséis (16) casos corresponden a Pagos con Defectos de Datos.
- Dos (2) casos fueron correctamente regularizados.

La AFP, expone en su nota de descargos, las gestiones que ha realizado ante Dirección Nacional de Identificaciones, tanto para los casos con Pagos con Defecto Operativo como para los Pagos con Defecto de Datos.

Asimismo importa precisar que en dos (2) casos omiten la presentación de descargos.

La Autoridad Fiscalizadora, mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 126 de 5 de marzo de 2009 (RA 126/2009), por el cargo 3 en análisis sanciona a la AFP con una multa de \$us. 2.350.- por 47 casos, por incumplimiento al Artículo 3 inciso ii) de la RA 511/2005, es decir la falta de documentación que evidencie **la regularización de Pagos con Defecto Operativo**.

En la citada Resolución Administrativa sancionatoria en la parte considerativa a fs. 64 del expediente administrativo y fs. 11 de la RA 126/2009, la Autoridad Fiscalizadora **acepta la existencia de los pagos con Defecto de Datos**, sin embargo en la parte resolutive, ratifica la sanción por incumplimiento al Art- 3 inciso ii) de la RA 511/2005, es decir por pagos con Defecto Operativo, situación que transgrede el principio de congruencia, principio de tipicidad y la seguridad jurídica, mismos que han sido desarrollados en el numeral 1 de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Es así que, compulsado el expediente y revisados los casos, queda claro que la Autoridad Fiscalizadora, no debió imponer sanción por los Dieciséis (16) casos correspondientes a pagos **con Defecto de Datos**, al no corresponder a la imputación de cargos formulada que se refiere **específicamente a Pagos con Defecto Operativo**.

Ahora bien, en cuanto a los treinta y un (31) casos de Pagos con Defecto Operativo, corresponde realizar el análisis correspondiente, es así que:

En primer término debemos diferenciar el proceso de regularización y el del desbloqueo, siendo el primero conforme la normativa que ocupa a la materia optativo de la AFP, toda vez que los Artículos 3 y 4 de la RA 257/2004, así lo determinan.

En cambio para el desbloqueo de Pagos con Defecto Operativo, el procedimiento que exige la norma es taxativo, es decir se debe contar con la documentación de regularización y la misma ser aquella establecida en normativa.

Asimismo, la RA 511/2005, establece que la responsabilidad es exclusiva de la AFP.

Ahora bien, en caso de Autos, tenemos que la AFP ha reportado a la Autoridad Fiscalizadora los treinta y un (31) casos como Pagos con Defecto Operativo, y ha remitido notas de regularización de pagos observados, conforme se evidencia del Listado correspondiente a cuarenta y siete (47) casos observados y sancionados Cargo No. 3, enviado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DPNC/10805/2009 de 11 de diciembre de 2009 a requerimiento del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Situación, que a su vez se ve confirmada por la propia AFP en sus memoriales de Recurso de Revocatoria y Recurso Jerárquico.

Por lo tanto, en virtud a la RA 511/2005, al corresponder a Pagos con Defecto Operativo, la AFP se encontraba obligada a contar con la documentación que respalde la regularización reportada, y no sólo gestiones como ha procedido y se evidencia en el expediente administrativo. Por tanto el incumplimiento a la normativa imputada por la Autoridad Fiscalizadora, se ve confirmada.

En cuanto a la habilitación y desbloqueo de los registros, la AP mediante nota AP/DPNC/10805/2009, declara que al corresponder dicha información según normativa a la AFP, no es reportada pese al requerimiento realizado por este Ministerio, lo que implica que la misma no cuenta con dicha información, y por lo tanto no ha sido considerada a tiempo de la valoración, limitándose su compulsión a la existencia de pagos de BONOSOL (en dos casos) y de Renta Dignidad (en treinta y un casos), posteriores al pago con defecto.

Este hecho, permite confirmar que la previsión contenida en el Artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 126 de 5 de marzo de 2009, se encuentra respaldada, toda vez que los treinta y un pagos (31) al no contar con documentación de regularización, podrían generar procesos administrativos por cuerda separada, en el evento de generarse daño a algún beneficiario.

## **2.2 CON REFERENCIA AL CARGO 4.-**

En cuanto al cargo 4 se tiene que el recurrente en su Recurso de Revocatoria no ha impugnado este cargo por lo que la Resolución Administrativa impugnada en instancia jerárquica SPVS/IP N° 126 de 5 de marzo de 2009, no ha emitido fundamentación al respecto, más al contrario determinó taxativamente que:

*“que con relación a los otros cargos fueron objeto de sanción mediante la RA 126/2009, la AFP no emite pronunciamiento, por lo que corresponde se ratifique la sanción impuesta”*

Por lo que, dichos cargos, han quedado firmes en dicha instancia administrativa, no pudiendo el recurrente, retrotraer el procedimiento mediante el Recurso Jerárquico, incluyendo fundamentación, para el cargo No. 4, cuando por el mismo no se presentó recurso alguno en instancia anterior. Por lo que, al no haber hecho uso del recurso que le franquea la Ley, en caso de haberse afectado sus intereses legítimos, no puede retrotraerse el procedimiento.

Asimismo, es importante recalcar que el Recurso Jerárquico presentado por el recurrente expresamente solicita en el petitorio la revocatoria parcial de la Resolución Impugnada solo en cuanto al cargo 3 y no así hace referencia al cargo 4.

Sin perjuicio de ello, y sólo a efectos de aclaración se tiene que la AFP no ha presentado documentación que respalde el cumplimiento a la normativa, solo se ha limitado a enunciar los hechos, situación que confirmaría el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución Administrativa N° 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002, sin embargo, este Ministerio de Economía Y Finanzas Públicas no se pronuncia, por las razones ya expuestas.

**CONSIDERANDO:**

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ha emitido la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 120/2009 de 16 de diciembre de 2009, solicitando, a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la certificación, sobre el monto de multa individual para cada uno de los cuarenta y siete casos observados, correspondiente al Cargo No. 3, cuyo monto total conforme la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 126 de 5 marzo de 2009 (Artículo 1 inc. c)), asciende a \$us.2.350.-.

Que, atendiendo el requerimiento, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ha certificado, que para este caso específico, ha sido impuesta una multa de \$us. 50.-, ascendiendo a \$us. 2.350.- por los cuarenta y siete casos.

**CONSIDERANDO:**

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de la imputación del cargo y consiguiente sanción no ha seguido el procedimiento administrativo sancionador, conforme se evidencia en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a), con relación al Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMARPARCIALMENTE la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.-CONFIRMARPARCIALMENTE** la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 54.2009 de 02 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó en su

totalidad la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 126 de 5 de marzo de 2009, emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones respectivamente, modificando el inciso c) del Artículo 1 con el siguiente texto:

*“ c) En relación **al Cargo N° 3**, se sanciona a BBVA Previsión AFP S.A., por treinta y un casos, con una multa en Bolivianos equivalente a Un Mil Quinientos Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us1.550,00) por incumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 3 punto ii de la Resolución Administrativa N° 511/2005 de 24 de junio de 2005.”*

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

AP/DPNC N° 56.2009 DE 03 DE SEPTIEMBRE DE 2009

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 DE 18 DE ENERO DE 2010

## **FALLO**

**CONFIRMA PARCIALMENTE**





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010**

La Paz, 18 de enero de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa AP/DPNC No. 56.2009 de 3 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 034 de 19 de enero de 2009, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros respectivamente; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 002/2010 de 12 de enero de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación del Sistema Financiero, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 22 de septiembre de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC No. 56.2009 de 03 de septiembre de 2009, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante la cual se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP No 034 de 19 de enero de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Que, mediante nota AP/DJ/935/2009 recibida el 28 de septiembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC No. 56.2009 de 03 de septiembre de 2009, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 30 de septiembre de 2009, notificado en fecha 01 de octubre de 2009.

Que, mediante Auto de fecha 8 de octubre de 2009, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, disponiendo la separación del citado funcionario para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** contra la Resolución Administrativa AP/DPNC No. 56.2009 de 3 de septiembre de 2009.

Que, mediante el mismo Auto de fecha 8 de octubre de 2009, se designa al Lic. Roberto Ugarte Q., Viceministro de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén S., en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

Que, en fecha 27 de noviembre de 2009, se recibe la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**.

Que, en fecha 14 de diciembre de 2009, el Viceministro de Política Tributaria emite Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 006/2009, por la que se amplía hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos, el plazo para la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica que resuelva el Recurso Jerárquico planteado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

## **1. RESOLUCION ADMINISTRATIVA SPVS/IP No. 034 DE 19 DE ENERO DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 034 de 19 de enero de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

**“ARTÍCULO 1º.-** Sanciona a la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP:

- a) En relación al Cargo No.1, sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a Un Mil Seiscientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us.1.600,00), por treinta y dos (32) registros de Pago de Bonosol, en infracción a lo dispuesto en el Punto 2.2.3 de la “Guía del Bonosol” aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005 ampliada con Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006 de 10 de agosto de 2006.
- b) En relación al cargo No.2, sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us. 50,00), por un (1) registro de Pago de Bonosol, en infracción a lo dispuesto en el punto III. De la Circular SPVS-IP-DBFCC 087 de 23 de septiembre de 2005.
- c) En relación al cargo No. 3, sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente Cinco Mil Uno 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us. 5.001,00), en infracción a lo dispuesto en el Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003.

**ARTÍCULO 2º.-** I. La reposición al Fondo de Capitalización Colectiva de Quince Mil Novecientos Treinta 00/100 bolivianos (Bs. 15.930,00), con relación al inc. c) del Artículo 1º de la presente Resolución más el rendimiento que la AFP debe reconocer al Fondo por los intereses no devengados. Para el cálculo del requerimiento citado, se considerará la tasa de interés promedio que pagaron las cuentas corrientes mantenidas en el FCC en Bolivianos, vigentes en el periodo comprendido entre la fecha del pago con error y la fecha del pago de la reposición FCC...”

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 27 de febrero de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 034 de 19 de enero de 2009, con los siguientes argumentos:

## “II. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

Los fundamentos establecidos por la SPVS para sancionar a nuestra AFP, son por demás alejados de la realidad, como a continuación su autoridad podrá comprobar. De acuerdo al examen realizado, se presenta los siguientes argumentos de orden operativo:

**1 Al Cargo N° 1.** La normativa que la SPVS refiere incumplida por la AFP en el cargo presente, son el Punto 2.2.3 de la "Guía de Bonosol" y la Circular complementaria SPVS-IP-DBFCC 070/2006 de 10 de agosto de 2006, dicha normativa legal explica los requisitos que deben ser cumplidos para la habilitación de pago de reclamos IAR (Inactivo Pagos Rezagados), IAN (Inactivo AFP por no Cobro), sanciones identificadas inicialmente por la Nota de Cargo 1082.2008 cuando establece que " Futuro de Bolivia S.A. AFP, no presentó en treinta y dos (32) casos la Comisión Fiscalizadora de la SPVS, la documentación completa para la habilitación de los casos "IAR" ... ". Al respecto, debemos señalar que en los (32) casos, existen casos que no cuentan con Reclamos IAR en la base de datos, y otros que corresponden a bloqueos IAO (Inactivo por Pago Observado Conciliación Manual) este último diferente del trámite que fuese solicitado dichos casos clasificados erróneamente comprende en conclusión un listado no solamente de trámites de Reclamo por bloqueo IAR, que fueron solicitados en un inicio por la Comisión de Fiscalización de la SPVS, sino que la SPVS, en la Nota de Cargo en franca contradicción observa y extraña documentación correspondiente a reclamos IAR cuando en el listado existen también trámites con otro tipo de bloqueo, por lo tanto confunden los diferentes estados que existen en un trámite de Bonosol, mezclando reclamos de diferente origen y denominación, además se solicita documentación de casos que jamás realizaron o requirieron de la presentación de reclamos IAR, estos casos se encuentran clasificados y diferenciados a continuación:

1.1 Correspondientes a Reclamo IAO (Inactivo por Pago Observado Conciliación Manual):

N°	IA	NUB	N° DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO	TIPO	
3	B	3	176655	1934551	ZAPANI	CAUMOL	MAMERTO	15/01/2007	IAO	
4	B	6	220934421	220934421	ESCARZO	NULL	VILLCACUTI	16/01/2007	IAO	
7	B	19	121047	357876	LIMACHI	ALANOCA	NULL	PEDRO	2007/02/21	IAO
14	B	88	300679850	5185902	ROJAS	CONDORI	NULL	ZENON	2007/08/21	IAO
17	B	98	800174750	4182414	TARAOMA	JUSTINIANO	NULL	GENARO	2007/09/06	IAO
19	B	104	900112875	6746533	MAMANI	HUANCA	NULL	ANDREA	2007/09/21	IAO

28	B	146	220910836	264832	QUISPE	NULL	TORREZ	LEOCADIA	2007/11/13	ACD-IAO
32	B	182	220448151	2242382	CRUZ	NULL	TITIRICO	MARCELA	2007/12/28	IAO

Los siete (7) casos de la planilla anterior, son parte del listado de treinta y dos (32) casos que fuesen sancionados por la SPVS, los cuales sin embargo no corresponden a Reclamos IAR sino responden a un reclamo IAO, bloqueo que de acuerdo a la "Guía Bonosol" aprobada mediante Circular SPVS-IP 083/2005 de 14 de septiembre de 2005 y explicadas en las páginas 6 a la 13 que responden además a una sub clasificación de bloqueos enumerados del 010 al 100 en múltiplos de 10, cada una de ellas explica en cuanto a su origen y requisitos, similitudes pero también diferencias por lo que en cada caso el tratamiento puede ser diferente, referente al caso que nos atañe, claramente se refiere que los reclamos IAR son diferentes de los reclamos IAO sea cual fuere la sub clasificación a la que correspondan estos últimos.

### 1.2 Inexistencia de trámite por Reclamo IAR (Inactivo Pagos Rezagados):

N	IA	NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	AP ESPO SO	NOMBRES	FECHA PAGO	TIPO	
8	B	22	300233256	5162255	ARCE	BALDERRAMA	NULL	FORTUNATO	2007/02/27	Sin Trámite IAR, de acuerdo a seguimiento realizado en el histórico de la base de datos, se observa como última modificación en la misma la correspondiente a fecha 05/08/2004, en el que se cargo el archivo del NUB
9	B	38	220909875	2418885	SARZURI	MARCA	NULL	GREGORIA	2007/03/29	Sin Trámite IAR, la última modificación en la base de datos fue realizada el 10/01/2007 por desbloqueo masivo, debido al levantamiento del mismo por actualización y evaluación de criterios vinculados a la aplicación de bloqueos IAF
0	B	45	400152529	620495	MAMANI	FERNANDEZ		MARCOS	2007/04/13	Sin Trámite IAR, de igual forma, este caso presenta en la base de datos como última modificación el desbloqueo masivo por bloqueo IAF y los criterios vinculados para dicho bloqueo que fueron actualizados y evaluados

11	B	46	900139430	410255	YANARICO	VISALUQUE	NULL	LINO	2007/04/13	Sin Trámite IAR, en el caso particular se encontraba bloqueado por la SPVS por fraude IFS, la suspensión emitida mediante R.A. SPVS/IP N° 1154 de 27/10/2006, la cédula de identidad con la que se realiza el trámite es de 2099541, el bloqueo y reclamo dedesbloqueo que se siguió corresponde en última instancia a un bloqueo interno IAS (bloqueo preventivo interno levantado en virtud a la R.A. 1154), diferente de reclamo IA.	
13	B	69	900116180	3001-290124Y	CONDORI	FLORES	NULL	FRANCISCO	2007/07013	Sin Trámite IAR, este beneficiario fue bloqueado con IAF relacionado a trámite de Gastos Funerarios, mismo que fue levantado posteriormente de acuerdo a actualización de criterios para este fin	

En lo referente a los cinco (5) casos identificados en el cuadro anterior, se evidencio la inexistencia de bloqueos IAR en la Base de Datos de Bonosol, por ende es lógica la inexistencia de la presentación de Reclamo por bloqueo IAR además de la documentación requerida con esto fin, presumimos que estos casos no fueron debidamente identificados, evidencia de la inexistencia se realizo la explicación de forma particular que demuestran otro tipo de modificaciones diferentes al bloqueo con el que fueron catalogados y solicitados por la SPVS a la AFP.

### 1.3 Trámites que cuentan con respaldo y corresponden a Reclamos IAR, IAO.-

N°	AI	NUB	N° DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO	TIPO	
7	B	19	121047	357878	LIMACHI	ALANOCA	NULL	PEDRO	2007102121	IAO

12	B	66	900020542	165031	CHIPANA	FLORES	NULL	RUBEN	2007106127	IAR
15	B	92	220161944	1163245	ZAMBRANA	PEREZ	NULL	GUILLERMO	2007108124	IAR-IAG
17	B	98	800174750	4182414	TARAOMA	JUSTINIANO	NULL	GENARO	2007109106	IAO
21	B	110	800075627	1924538	LOPEZ	MEJIA	NULL	LUIS	2007/10101	IAO-IARIAG
22	B	114	800041856	1936257	SALAS	RODRIGUEZ	NULL	FROILAN	2007/10104	IAO-IAG
23	B	123	900025534	1763628	KERDY	NULL	DASILVA	CONSUELO	2007110/15	IARIAG
24	B	126	800063078	1688344	CARDENAS	MOLINA	NULL	JORGE	2007/10/19	IAR
25	B	130	900130047	141713	PAUCARA	NULL	BALLON	JOSEFA	2007/10/24	IAO-IAG
26	B	141	220472652	45079	MAGNE	GUACHALLA	NULL	NELY	2007111109	IAR-IAG
28	B	146	220910836	2643832	QUISPE	NULL	TORREZ	LEOCADIA	2007111113	ACDIAO
29	B	157	169248	1750359	FERREIRA	MESQUITA	NULL	FRANCISCO	2007111/23	IAOIARIAG
31	B	181	400078975	523023	AUENAJA	QUENA	NULL	MARTIN	2007/12127	IARIAG
32	B	182	220448151	2242382	CRUZ	NULL	TITIRICO	MARCELA	2007/12128	IAO

Los trámites detallados en la planilla anterior cuentan no solo con Reclamos de Desbloqueo IAR, como se puede observar existen también tramites con bloqueo IAO e IAG, incluso uno de ACD(Actualización de Datos) estos casos cuentan en su mayoría dos estados entre los cuales el referido IAR. De tal forma, se adjunta la documentación de respaldo por la que es suficiente para revocar la sanción impuesta por la SPVS.

1.4 De acuerdo al detalle de orden operativo realizado en el Cargo 1 y en vista de las incongruencias existentes que determinan la injustificada sanción, presentamos argumentos de orden legal, en base a los detalles de orden operativo anteriores:

- La SPVS realiza la solicitud de trámites mediante nota SPVS/IP/DPNC/10611/208 (sic.) de 10 de septiembre de 2008, otorgando un tiempo por demás mínimo a la AFP para el acopio y posterior presentación de documentación, que comprendió un número de 1.755 Boletas de Pago, además de reclamos de desbloqueo y otros. Ante la solicitud de documentación requerida, la AFP solicitó mediante nota FUT.SUP.BS. 2161/2009 de 12 de septiembre de 2009 (sic) ampliación de plazo, el mismo que no fue siquiera respondido por la SPVS, por otro lado sobre el mismo tema la R.A. 034 en su página 9, párrafo segundo explica que mediante Circular SPVS/IP/DPNC/86/2008 de 25 de julio de 2008 se puso en conocimiento de la AFP que, - y reproducimos textualmente - "a partir del 5 de septiembre de la misma gestión (42 días después), se realizaría la

*inspección a los pagos del Bonosol correspondiente a la gestión 2007 y a efectos que el regulado pueda tomar las provisiones...", esta aseveración por parte de la SPVS no razona en el sentido que la nota 10/11/2009 adjuntaba medio magnético detallando los casos y sus particulares (imprescindible para recabar la documentación de nuestros archivos), hecho y medios que no contenía la Circular que indica la SPVS, posteriormente es rechazada de igual forma mediante nota SPVS/IP/AL N° 015/2008 de 06 de enero de 2009, la solicitud realizada por la AFP mediante nota FUT.SUP.BS 002/2009 de 02 de enero de 2009, de prórroga para la presentación de descargos precisamente arguyendo este mismo tema que fue considerado insuficiente por la SPVS.*

*En el párrafo segundo de la pagina diez de la Resolución Administrativa 034, la SPVS explica que la AFP tomó conocimiento el 25 de julio de 2008 mediante la notificación a nuestra institución de la Circular SPVS/IP/DPNC/86/2008 de los casos observados, que hasta la fecha de presentación de la documentación habrían transcurrido 98 días, esta declaración no podría estar más alejada de la verdad, puesto que como explicamos en la viñeta anterior la AFP tomo conocimiento del detalle de los pagos (medio magnético adjunto por la SPVS) y documentación solicitada recién el 11 de septiembre de 2008 (Jueves), es más, el envío por correo electrónico que refieren en su nota data de la misma fecha 11 de septiembre, es decir se conto con 1 día hábil para poder ejecutar la instrucción de la SPVS, puesto que la fiscalización anunciada se iniciaría el 15 de septiembre de 2008 (Lunes), el regulador señala que la AFP no explica cual sería el tiempo que demandaría para poder dar cumplimiento a un requerimiento de esta índole, en ese aspecto, por sentidocomún podemos explicar que de forma mínima y estrecha cinco (5) días hábiles de la notificación podrían considerarse suficientes para este fin, por lo que incluso el inicio de la fiscalización que se habría iniciado el día Miércoles 17 tampoco era suficiente.*

*- Consideramos que estos hechos no condicen con los derechos que la normativa legal concede a los regulados, puesto que se conculco el derecho a la defensa de la AFP desde el momento en que existe silencio por parte de la SPVS a la solicitud de ampliación de plazo realizada por nuestra institución para la presentación y puesta en disposición de la Comisión de Fiscalización de la documentación requerida, este hecho se concreta con la emisión de la Nota de Cargo SPVS N° 1082 y con posterior sanción mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 034, actos administrativos por parte de la SPVS que no han asegurado a la AFP, como corresponde, de acuerdo al inciso c) in fine de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 el debido proceso, porque no se garantiza un procedimiento justo que condiga de igual forma con este principio general de Derecho, que reiteramos, debe encontrarse garantizado por el ente regulador, el Debido Proceso que a decir de (Osvaldo Alfredo Gozaini:1988:p:122J "no se trata de cumplir un trámite cualquiera odiar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados (donde importa más la forma que el contenido), sino de garantizar que no se prive a*



ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales y que la sentencia que se dicte, en base a un proceso, sea fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que se exigen en un Estado de Derecho, se entiende como Debido proceso aquel que encierra todas las Garantías necesarias para procesar justamente a una persona" (las negrillas y subrayado son nuestros), se entiende que la Fiscalización comprende el paso inicial de un procedimiento administrativo esto de acuerdo con el artículo 39 y 40 párrafo I de la Ley de Pensiones N° 2341.

Es evidente también que la Resolución impugnada, en este primer cargo, no guarda congruencia entre los hechos objeto de la sanción y el derecho aplicado, de la totalidad de los 32 casos de los cuales de la AFP (sic) no presento documentación de respaldo para la habilitación de dichos pagos por bloqueo IAR, son identificados en los numerales 1.1, 1.2 y 1.3 del presente recurso, casos que responden a bloqueos de diferente denominación o que no existen, o que corresponden a reclamos IAR pero que cuentan con documentación de respaldo, este hecho claramente vulnera en los numerales 1.1 y 1.2 el principio de Procedimiento Punitivo que explica el artículo 76° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, que "No se podrá imponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa aplicación de procedimiento punitivo establecido en la presente Ley en las disposiciones sectoriales aplicables", en base a ello se puede afirmar que la sanción impuesta a la AFP debe ser revocada, ya que la norma supuestamente vulnerada en estos caso es el numeral 2.2.3 de la "Guía de Bonosol" de la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005 y la Circular SPVS-IPDBFCC 070/2006 de 10 de 2006(sic), normas que no guardan relación con el real estado de los casos citados en los numerales, que reiteramos, 1.1 y 1.2. En cuanto al numeral 1.3 los mismos cuentan con la documentación de respaldo correspondiente, que debe ser considerada y realizarse por parte del órgano regulador revocándose la sanción impuesta ya que no cumplen con el Principio de Tipicidad acreditado en el artículo 73 párrafos I y II de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo.

**2. Al Cargo N° 2.-** Es establecida por la SPVS la infracción del Punto III de la Circular SPVSIP-DBFGG(sic) 087 de 23 de septiembre de 2005, explicando que la AFP no presento la documentación que respalde el pago de Solicitud de pago de Bonosol a Domicilio en el caso de la beneficiaria Natividad Cornejo de Ugarte con Cedula de Identidad N° 1187481, al respecto se remite la documentación extrañada que muestra que tal infracción es inexistente, sin embargo al respecto cabe explicar que el procedimiento administrativo en general y el sancionador en este caso, contienen y deben observancia a la normativa legal vigente con respecto a que dichas actuaciones deben cumplir los principios establecidos en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 de la Ley 2341 o en los decretos reglamentarios de acuerdo al sector que correspondan, en este sentido referimos el principio de

Verdad Material que el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341 explica: "La administración Pública investigara la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil": de manera burda podemos explicar sobre este hecho que: en un proceso de orden civil solo se comprenderá las pruebas que hubiesen sido propuestas y ofrecidas en los plazos establecidos por norma legal, al contrario la Verdad Material señala que el ente regulador debe investigar mas allá de lo evidente o de lo que podría alegar el regulado, la doctrina es uniforme al establecer que la verdad material: "es aquella que busca en el procedimiento administrativo, el conocimiento de la realidad, de esa verdad, en la acepción latina del término veritas: lo exacto, riguroso. No permite contentarse con el mero estudio de las actuaciones sino que deben arbitrarse los medios por los cuales, al momento del dictado de la decisión, se conozcan todas aquellas cuestiones, permitiendo así el conocimiento exacto o lo más aproximado a los hechos que dieron origen al procedimiento". (ABELAZTURY CILURZO, Curso de Procedimiento Administrativo Abeledo – Perrot pag. 29), en este sentido para que exista la infracción, por tanto la AFP debió realizar el pago sin solicitar los requisitos documentales y de forma explicados en la Circular 087, para establecer de manera fehaciente este hecho el ente regulador debió agotar toda gestión posible a fin de establecer la existencia de la citada infracción, este extremo no sucedió en el Cargo presente y particular, podemos señalar que adicionalmente al no haberse cumplido el principio de Verdad material, la SPVS se limitó a solicitar la documentación requerida y ante su ausencia sancionar, por tanto se concluye que si no existe la presentación por parte del regulado de la prueba o descargo solicitado en los plazos establecidos será suficiente para la imposición de una sanción por parte de la SPVS, sin realizar por un lado las consultas por parte de la SPVS a fin de determinar si existe indicios de un pago sin cumplimiento de requisitos y/o formalidades, en el caso presente podía realizarse incluso consulta y requerimiento ante la institución que ejecuto dicho pago por instrucción de la AFP (ONG FADES), la SPVS entonces adecua su actuación en el tema de la prueba, al sistema de Verdad Formal contrario a la Ley de Procedimiento Administrativo; Este extremo da lugar a que otros principios que se vinculan al procedimiento administrativo y las sanciones impuestas mediante la Resolución SPVS-IP N° 034 se vean afectadas, con la documentación adjunta se evidencio la inexistencia de infracción en el cumplimiento de requisito documental o de forma, por tanto no existe Tipicidad, ya que el tipo por el que se infraccionó no fue vulnerado por la AFP, por tanto igualmente no corresponde la sanción impuesta, debiendo revocar el cargo No.2.

**3. Al Cargo 3.-** La infracción establecida por la SPVS corresponde al incumplimiento del Artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, por supuesta omisión de la AFP de la presentación de documentación de respaldo al desbloqueo del Estado IBX o ARX o AMX. Al respecto es preciso realizar una corta relación, del procedimiento operativo conforme a la normativa vigente: La

parte considerativa de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, señala "Que la Corte Nacional Electoral dio de baja registros de ciudadanos Beneficiarios de la Capitalización, a los cuales se les había pagado el beneficio y los volvió a dar de alta con un código de ciudadano distinto al inicial, sin informar a la SPVS, lo que generó que se produzcan pagos de beneficios en exceso, los cuales han sido identificados por la SPVS, procediendo al bloqueo de los mismos, inhabilitándole pago de los beneficios del FCC de las gestiones siguientes; (sic) Por lo que es preciso establecer mecanismos para que estos Beneficiarios, puedan devolver los recursos monetarios cobrados en exceso por efecto del cambio de código de la CNE y se levante la observación en la Base de Datos, manteniendo el último código generado por la Corte Nacional Electoral, posteriormente explica que el pago en exceso es originado por que dichos pagos comprendieron la fecha de nacimiento del archivo proporcionado por la C.N.E. inicialmente, habilitando el pago al beneficiario, pero que posteriormente por actualización de datos por la Corte Nacional Electoral, fueron detectados por la SPVS casos de beneficiarios que presentaron documento con fecha de nacimiento posterior al consignado en la Base de Datos actualizada proporcionado por la C.N.E., originando un pago en exceso de Bolívica, el objeto de dichas normas es precisamente la recuperación de estos cobros en exceso.

De tal forma iniciado (sic) el apersonamiento del beneficiario a la AFP que comprende la verificación de los datos en sistema y la documentación presentada por el beneficiario después del espacio de tiempo establecido por norma, el mismo retorna a la AFP en el plazo establecido en el numeral 6.2 de la Circular SPVS-IP N° 068 y una vez confirmado el pago en exceso se procedía a realizar la firma del formulario de Reconocimiento y Compromiso de pago en exceso determinando el monto que debía deducirse al beneficiario en el momento del pago, este documento además de los requeridos al beneficiario eran remitidos a la SPVS por la AFP, quienes en última instancia una vez confirmada la documentación, requisitos y datos por la SPVS era habilitado para su pago, adicionalmente debía actualizar semanalmente la Base de Datos de beneficiarios del FCC por la SPVS, de acuerdo al numeral 7 de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, **en ese sentido dichos reclamos eran atendidos por la AFP en cuanto a la verificación inicial de la veracidad de los mismos y posteriormente enviados a la SPVS a quien corresponde la evaluación final de la documentación remitida y la habilitación si correspondiese.**

Una vez descrito de manera somera el procedimiento, procedemos con las observaciones a manera de impugnación del Cargo 3; (sic) En primer lugar la página 11 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 034 en el acápite correspondiente en su párrafo primero asevera que "... se constata que la AFP habilitó el registro del Beneficiario Feliciano Ramos Quiroz con cédula de identidad 585613 y NUB 30054928, sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del Bolívica no cumplía los 65 años de edad ..." se puede desprender

de la lectura de esta cita, desconocimiento del procedimiento para el procesamiento de estos trámites, ya que no corresponde a la AFP realizar la habilitación de un estado IBX (Inactivo Bloqueado por cobro en Exceso) y que los mismos fueron realizados finalmente por la SPVS tal como es explicado en la cita (sic) de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 del párrafo primero del numeral 3 del presente recurso.

En el caso en particular se pudo constatar en el histórico existente en nuestra base de datos y de la SPVS, sobre los estados del registro de los NUB 300254928, 400129591 y 400104759, el cual muestra en el caso del señor Feliciano Ramos Quiroz las siguientes modificaciones de acuerdo al siguiente detalle, que mediante la Carga del Archivo 20061019 de actualización de la SPVS que fuese recibido el 20 de octubre de 2006 por la AFP se procede al bloqueo IBX por la SPVS, posteriormente mediante el mismo medio, es decir, por correo electrónico es recibido el archivo 20070208 en fecha 09 de febrero de 2007 por el que se actualiza la base de datos de Bonosol y por tanto el estado del beneficiario a ARX, esto en respuesta al Reclamo IBX que fuese enviado a la SPVS mediante nota FUT.SUP 252 de 25 de enero de 2007 adjuntando la documentación respectiva.

Posteriormente en el párrafo primero de la página 12 de la Resolución 034, explica la SPVS que no existe pronunciamiento por parte de la Administradora respecto al caso el que "fue habilitado sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del Bolivida no contaba con 65 años", en este punto causa confusión el objeto de sanción por parte de la SPVS, ya que por un lado refiere pagos que datan de las gestiones 2001 y 2002, en su párrafo segundo aclara que la imputación se refiere a la obligación de parte de la AFP de verificar la cedula de identidad del beneficiario, hecho que hubiese incumplido la AFP, nada más ilógico siendo que dicha documentación para ser procesada, de forma previa debe contar necesariamente con la verificación de documentación para posteriormente ser enviada a la SPVS junto con las boletas correspondientes de cobro Bolivida, ya que las mismas no podrían ser procesadas por la SPVS para su habilitación, entonces es aventurado determinar este extremo por parte de la SPVS, causando inseguridad en la AFP se realicen sanciones basados en razonamientos ilógicos que no pasan de ser meras presunciones, resultado del conocimiento insuficiente de los trámites en Bonosol, posteriormente en negrilla y subrayado, más abajo establece el ente regulador que **"la habilitación de los registros encontravención a la normativa imputada, ha generado daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva"**, mostrando tres casos incluido el beneficiario Feliciano Ramos, cuadro reproducido a continuación y en los cuales reiteramos que no es la AFP la encargada de realizar la habilitación de este tipo de reclamos, nuevamente en este punto reiteramos que la habilitación de bloqueos IBX es realizada finalmente por la SPVS de acuerdo al numeral 7 de la Circular SPVS-IP068/2003, complementada por la "Guía de Bonosol" adjunta a la Circular SPVS-

IP083/2005 en cuanto a los plazos tanto para la AFP como para la SPVS para dar respuesta a estos trámites:

N	BONOSOL							COBROS BOLIVIDA			
	Nº	NUB	Nº DOC.	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	AP ESP	NOMBRES	Nº DOC.	FECHA DE NACIMIENTO	FECHA DE PAGO	AÑOS CUMPLIDOS
1	C85	400129591	620744	MAMANI	CALLE		ANDREA	620744	02/02/1931	19/06/201	62,29
2	C124	300254928	585613	RAMOS	QUIROZ		FELICIANO	585613	16/11/1936	25/06/2002	64,65
3	C225	400104759	623930	PUMA	GONZALES		LEONARDO	623930	06/11/1936	10/06/2002	64,47

Posteriormente muestra un cuadro estableciendo montos que no refiere un detalle, que consideramos necesario, porque no esclarece que datos se comprendieron para llegar al monto señalado, por tanto no es un monto completamente fundamentado y demostrado, que a pesar de ello fue cumplido por la AFP de acuerdo a la Parte Resolutiva de la Resolución Administrativa SPVS- IP 034, por considerarse por Ley todos los actos administrativos como validos de acuerdo al artículo 32° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo. Una vez verificados los montos se establece que el cálculo realizado, sancionado e impuesto por la SPVS, se encuentra errado, en respaldo de esta aseveración se detalla a continuación en base a los referentes establecidos en la Resolución de sanción lo siguiente:

NOMBRE	C.I	NUB	FECHA DE HABILITACION	FECHA DE PAGO	GESTION DE PAGO	SUMA DE MONTOS MENOS EL MONTO DE EXCESO	MONTO DESCONTADO AL MOMENTO DE PAGO	MONTO PAGADO POSTERIOR A LA HABILITACION
ANDREA MAMANI CALLE	620744	400129591	06/11/2007	12/12/2007	2005	1.800		
				12/12/2007	2006	1.800		
				12/12/2007	2007	1.800		
					<b>TOTAL</b>	<b>5.400</b>	<b>1.630</b>	<b>3.770</b>
FELICIANO RAMOS QUIROZ	585613	300254928	09/02/2007	22/02/2007		1.800		
				22/02/2007		1.800		
				16/11/2007		1.800		
					<b>TOTAL</b>	<b>5.400</b>	<b>420</b>	<b>4.980</b>
LEONARDO PUMA GONZALES	623930	400104759		21/12/2007	2006	1.800		
				21/12/2007	2007	1.800		
					<b>TOTAL</b>	<b>3.600</b>	<b>420</b>	<b>3.180</b>
TOTAL DEL MONTO CALCULADO DE ACUERDO A DETALLE E INSTRUIDO POR LA SPVS EN LA R.A. 034								<b>11.930,00</b>
MONTO DEPOSITADO POR LA AFP AL T.G.N. MAS INTERESES POR REPOSICION								<b>16.671,11</b>
MONTO POR DEMAS QUE FUE DEPOSITADO EN DEMASIA POR LA AFP EN ACATAMIENTO DE REPOSICION INS TRUIDA EN LA R.A. SPVS-IP 034 (No deduce los intereses que debiera calcularse)								<b>4.741,11</b>

Como se puede observar existe una diferencia en el monto establecido por la SPVS, con el que comprendemos debiera haber correspondido, sin ahondar más

este tema que no perjudica el argumento de fondo impugnando en este Cargo por la AFP, ya que dicha sanción no corresponde en vista de que dicha documentación se encuentra en poder de la SPVS.

La SPVS explica que "...la responsabilidad de la AFP era también verificar a través de los respaldos de pago, que el beneficiario no presentó un documento de identidad con fecha de nacimiento diferente de aquella con la que cobra al Bonosol que la AFP y en función al resultado de ese análisis enviar a la intendencia de Pensiones ellistado para el desbloqueo de los registros, aspectos que no fueron cumplidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP", esta temeraria aseveración emitida por la SPVS desconcierta a nuestra institución, una vez que de acuerdo a seguimiento de resultados finales por parte de la AFP en cuanto a los reclamos como los de IBX, en la aplicación Workflow se evidencia el conocimiento de la SPVS de estos trámites lo que implica la recepción por parte del órgano regulador de la documentación en cada caso esto (sic) incluye copia de las boletas de pago, además que se procedió por parte del órgano regulador a la habilitación respectiva, esto (sic.) hecho solo puede dar a entender que la AFP cumplió con las gestiones instruidas mediante norma legal como regulado y que la SPVS accedió a la información para poder realizar la habilitación, ya que las mismas fueron enviadas mediante el detalle siguiente:

Nº	CODIGO	NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA DE PAGO	NOTA REMISION A LA SPVS
1	C	85	400129591	620744	MAMANI	CALLE	ANDREA	12/12/2007	FUT.SUP.3342/07 06/11/2007
2	C	117	220046816	539527	ARANDIA	BALDERRAMA	MARINA REGINA	01/31/2007	FUT.SUP 080/07 09/01/2007
3	C	131	800173655	4177201	GRANITO	GUAQUEREBE	RAMONA	03/21/2007	FUT.SUP. 645/07 07/03/2007
4	C	152	800172958	1692157	CHUQUI	CARTAGENA	DANIEL	05/18/2007	FUT.SUP 1269/07 04/05/207
5	C	198	142043	515285	URUA	HUANCA	VENANCIA	09/26/2007	FUT.SUP.2680/07 28/08/2007
6	C	200	300531094	682189	TERRAZAS	ESCOBAR	LUIS	10/15/2007	FUT.SUP 2860/07 21/09/2007
7	C	225	400104759	623930	PUMA	GONZALES	LEONARDO	12/21/2007	FUT.SUP 3175/07 17/10/207
8	C	236	123969	2160921	TOLA	AGUDO	FAUSTO	12/28/2007	FUT.SUP 3581/07 27/11/2007
1	C	124	300254928	585613	RAMOS	QUIROZ	FELICIANO	25/06/2002	FUT.SUP 3581/07 25/01/2007

3.1 El párrafo tercero refiere la presentación de parte de la AFP de documentación correspondiente a cinco (5) casos, que detallamos a continuación:

Nº	CODIGO		NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO	OBSERVACION
1	C	85	400129591	620744	MAMANI	CALLE		ANDREA	12-12-2007	
2	C	117	220046816	539527	ARANDIA		BALDERRAMA	MARINA REGINA	01-31-2007	
3	C	131	800173655	4177201	GRANITO	GUAQUEREBÁ		RAMONA	03-21/2007	
6	C	200	300531094	682189	TERRAZAS	ESCOBAR		LUIS	10-15-2007	

- En cuanto a los tres casos del cuadro siguiente, la SPVS indica que no se presentó documentación por lo que se ratifica el cargo imputado.

N	CODIGO		NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	AP ESPOSO	NOMBRES	FECHA DE PAGO	OBSERVACIONES
4	C	152	800172958	1692157	CHUQUI	CARTAGENA		DANIEL	05-18-2007	Documentación fue remitida de acuerdo a detalle del cuadro anterior
5	C	198	142043	515285	URUA	HUANCA		VENANCIA	09-26-2007	Documentación fue remitida de acuerdo a detalle del cuadro anterior
6	C	236	123969	2160921	TOLA	AGUDO		FAUSTO	12-28-2007	Documentación fue remitida de acuerdo a detalle del cuadro anterior

- Los casos imputados por falta de presentación de documentación en Reclamos IBX, al respecto sostenemos enfáticamente, que la AFP al amparo del inciso f) del artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 encuentra respaldo para poder impugnar la decisión de la SPVS de sancionar ante la ausencia de documentación requerida, una vez que no existía de manera fehaciente prueba contundente de que la AFP hubiese incumplido el procedimiento establecido en las normas citadas y base de la sanción, que no se consideró que ante la duda razonable debe operar la misma en beneficio del regulado, no al contrario. Por otro lado dicha infracción es inexistente una vez que la norma supuestamente incumplida, fue ejecutada por la AFP, por lo que consideramos que no existía plena seguridad de la infracción por parte de la SPVS, al respecto nos dice Agustín Gordillo "...es muy importante recordar que en la duda debe estarse a favor del administrado, siendo este un principio elemental de derecho..." e indica además citando palabras de MICHELLI, que "**de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios y que no puede en modo alguno sentarse un principio de "en la duda a favor del Estado" .. A todo evento y en un estado democrático, el principio rector es in dubio pro libertate.**"... (Tratado de Derecho Administrativo Tomos 1 y 2 Ed. Fundación de Derecho Administrativo Bs. As. 2000)..."

### 3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPNC N° 56.2009 DE 03 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante Resolución Administrativa AP/DPNC No. 56.2009 de 03 de septiembre de 2009, resuelve ConfirmarParcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 034 de 19 de enero de 2009, con los siguientes fundamentos:

**“...CONSIDERANDO:**

*Que, en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso de Revocatoria, cabe indicar lo siguiente:*

**Al Cargo N° 1.**

*Con relación a los argumentos expuestos en los puntos 1.1, 1.2 y 1.3, se debe tener claro que los estados IAR, IAO, IAG y ACD, son bloqueos aplicados por las AFP de forma interna, por lo que en la Base de Datos administrada por la ex SPVS, no refleja dichos bloqueos. En ese sentido, los 32 casos registrados en la Base de Datos del regulador, se advierte que se encontraban habilitados para el cobro, sin embargo, la AFP no consideró la existencia de pagos efectuados por la misma AFP en fechas posteriores a 120 días a partir de la fecha que le correspondía o que fueron actualizados. Ante este hecho, la AP en su rol de regulador se halla en la obligación de velar por el estricto cumplimiento de la normativa relativa a los bloqueos y el procedimiento de desbloqueos de registros que efectúan los regulados, para lo cual precisa de forma imprescindible velar por el cumplimiento de la norma a través de la verificación de la documentación pertinente.*

*En esa línea de comprensión, la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005, el bloqueo IAR (Inactivo Pagos Rezagados) debe ser realizado por la AFP, con el objeto de proporcionar seguridad a los Beneficiarios que estando habilitados para el cobro del BONOSOL no lo hicieron en un plazo de 120 días a partir de la fecha en la que correspondía (fecha de cumpleaños) o que fueron actualizados. Asimismo, con respecto a los Bloqueos IAO (Inactivo por Pago Observado Conciliación Manual), la misma dispone que en el marco de las Resoluciones Administrativas 257/04 y 511/05, la AFP debe bloquear un registro cuando en un pago de Bonosol se presenten defectos, los cuales se encuentran definidos en las Resoluciones Administrativas antes mencionadas.*

*Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el Recurso de Revocatoria presentado indica lo siguiente: “..., por lo tanto confunden los diferentes estados que existen en un trámite de Bonosol, mezclando reclamos de diferente origen y denominación...”; al respecto, es preciso aclarar a la AFP que la norma otorga los mecanismos suficientes para dar solución para cada tipo de bloqueo; sin perjuicio de lo anotado, la AFP en su Recurso de Revocatoria debería tomar en cuenta adicionalmente la siguiente normativa:*



- a) El Inciso f. del artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1004 de 20 de diciembre de 2002, que señala como responsabilidad de la AFP la siguiente: "Llevar un archivo físico por fecha de pago y entidad pagadora con los respaldos de documentos de identidad, boleta de pago y documentos adicionales de pago de cada uno de los pagos efectuados a cada beneficiario".
- b) El Tercer Párrafo del artículo Quinto de la Resolución Administrativa-SPVS/P/Nº 1018 de 27 de diciembre de 2002, que señala como responsabilidad de la AFP la siguiente: "La AFP deberá llevar un Sistema de Registro y Seguimiento por Tipo de Reclamo especificado en el artículo Cuarto de la presente Resolución Administrativa, el cual además, deberá estar respaldado por un archivo físico documental para cada tipo de Reclamo".
- c) El párrafo II del artículo Tercero de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 511 de 24 de junio de 2005, **relacionada con los bloqueos "IAO"**, establece como procedimiento de regularización lo siguiente "Pago con defecto operativo.- La regularización y desbloqueo de los pagos con defecto operativo, será de exclusiva responsabilidad de la AFP, debiendo ésta adoptar los controles necesario (sic), a fin de verificar que cuenten con los documentos validos requeridos según sea el caso.  
La documentación de regularización deberá ser archivada en la AFP para posterior fiscalización de la Intendencia de Pensiones de acuerdo a procedimiento establecido para el efecto"

Considerando la norma citada en los incisos anteriores, se determina que la AFP tiene la obligación de proporcionar la documentación de la muestra solicitada por el regulador, requisito indispensable para el desbloqueo de los registros ya sea por estado IAR, IAG o IAO o por cualquier otro.

Ahora bien, revisada la documentación enviada por la AFP y los argumentos expuestos para los 32 registros sancionados a través de la R.A. 034/2009, se puede mencionar lo siguiente:

- De los 8 casos de la planilla descrita en el punto **1.1** del Recurso de Revocatoria, corresponde poner en claro que el regulado no ha presentado ninguna documentación completa para la habilitación de los casos sujetos a sanción. Asimismo, se establece que solo se encuentran reportados como pago con defecto, los casos de las Beneficiarias Emiliana Escarzo de Villcacuti y Leocadia Quispe de Torrez, y los 6 restantes casos que según la AFP presentaron algún defecto en los pagos de Bonosol; no fueron reportados a la ex SPVS, razón por la cual la infracción incurrida por la AFP cuenta además con la agravante de no reportar los pagos con defecto dentro de los 90 días a partir de la fecha de pago como lo establece el Artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP-257 de 07 de junio de 2004. Por lo expuesto, se considera

insuficientes los argumentos presentados por la AFP, correspondiendo se ratifique la sanción para los 8 casos señalados.

- En cuanto a los registros del cuadro **1.2**, se advierte que los NUB 220909875, 400152529 y 900116180, según la AFP fueron bloqueados con estado IAF (Bloqueo interno de la AFP, Inactivo Fallecido), bloqueo realizado por la AFP por cruces de información de fallecidos de otras fuentes, mismos que fueron desbloqueados por la propia AFP en fecha 10/01/2007 mediante desbloqueo masivo, como lo demuestra en el cuadro 1.2. inserto en el Recurso de Revocatoria. En ese entendido, se concluye que todo este proceso fue realizado por la AFP obviando el plazo de demora en el cobro de los Beneficiarios, por lo que en cumplimiento de la norma, los Beneficiarios que no cobraron dentro de los 120 días, debieron ser bloqueados con estado IAR y solicitar la documentación que establece el Punto 2.2.3 de la "Guía del Bonosol" aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005, ampliada con Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006 de 10 agosto de 2006.

Con relación al Beneficiario Lino YanaricoVisaluque, evidentemente el registro se encontraba con estado IFS (Inactivo Fraude o Suspensión), el mismo que fue habilitado para el pago del Bonosol en fecha 16/11/2006, cobrando el beneficio en fecha 13/04/2007, habiendo transcurrido desde la fecha de actualización a la fecha de cobro 148 días calendario; por tanto la AFP incumplió el plazo señalado en la norma al no realizar el bloqueo preventivo IAR, pero además omitió solicitar la documentación al Beneficiario para la habilitación correspondiente.

En cuanto al registro del Beneficiario Fortunato Arce Balderrama con NUB 300233256, el mismo fue reportado a la ex SPVS como pago con defecto de datos correspondiente a la gestión 2003, y es el mismo regulado quien en el Recurso de Revocatoria menciona lo siguiente: "De acuerdo a seguimiento realizado en el histórico de la base de datos, se observa como última modificación en la misma la correspondiente a fecha 05/08/2004, en el que se cargó el archivo del NUB", lo que ratifica que el registro debe estar bloqueado con estado IAR por haber transcurrido más de 120 días desde el último movimiento en la base de datos, pero además se debió solicitar la documentación que señala la norma infringida, dado que el pago fue realizado en la gestión 2007.

- En relación al cuadro **1.3**. inserto en el Recurso de Revocatoria, la AFP menciona que los 14 casos descritos en la planilla de este punto, no sólo contaban con Reclamos de Desbloqueo IAR sino también con bloqueo IAO e IAG, e inclusive uno caso ACD. Al respecto, corresponde indicar que lo expresado por la AFP viene a ratificar la infracción incurrida debido

a que de los 14 casos, 7 de ellos se encontraban bloqueados con estado IAR y la documentación requerida por norma no fue presentada a la Comisión de Fiscalización en esa oportunidad.

Asimismo, del análisis de la documentación extrañada durante el proceso ahora presentada junto al Recurso de Revocatoria, se establece que la misma enerva la naturaleza de la conducta antijurídica sancionada, por lo que corresponde se levante la sanción impuesta respecto a los siguientes 12 registros:

Nº	IA	NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO	TIPO	
7	B	19	121047	357876	LIMACHI	ALANOCA	NULL	PEDRO	21/02/2007	IAO
12	B	66	900020542	165031	CHIPANA	FLORES		RUBEN	27/06/2007	IAR
15	B	92	220161944	1163245	ZAMBRANA	PEREZ	NULL	GUILLERMO	24/08/2007	IAR-IAG
21	B	110	800075627	1924538	LOPEZ	MEJIA	NULL	LUIS	01/10/2007	IAO-IAR-IAG
22	B	114	800041856	1936257	SALAS	RODRIGUEZ	NULL	FROILAN	04/10/2007	IAO-IAG
24	B	126	800063078	1688344	CARDENAS	MOLINA	NULL	JORGE	19/10/2007	IAR
25	B	130	900130047	141713	PAUCARA	NULL	BALLON	JOSEFA	24/10/2007	IAO-IAG
26	B	141	220472652	45079	MAGNE	GUACHALLA	NULL	NELY	09/11/2007	IAR-IAG
28	B	146	220910836	2643832	QUISPE	NULL	TORREZ	LEOCADIA	13/11/2007	ACD-IAO
29	B	157	169248	1750359	FERREIRA	MESQUITA	NULL	FRANCISCO	23/11/2007	IAO-IAR
31	B	181	400078975	523023	QUENAJA	QUENA	NULL	MARTIN	27/12/2007	IAR-IAG
32	B	182	220448151	2242382	CRUZ	NULL	TITIRICO	MARCELA	28/12/2007	IAO

Con relación a los NUB 800174750 y 220448151 del cuadro 1.3, la infracción se ratifica debido a que la documentación requerida para el desbloqueo hasta el presente se encuentra incompleta. Asimismo, para estos casos la AFP no reportó a la ex SPVS los pagos con defectos detectados, como lo establece el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 257 de 07 de junio de 2004. Por tanto, los argumentos de la AFP resultan ser insuficientes.

- En cuanto al Punto **1.4** del Recurso de Revocatoria, el mismo se encuentra relacionado con el plazo que tenía el regulado para la presentación de los documentos sujetos a fiscalización; sin embargo, llama la atención cuando la AFP indica en su Recurso de Revocatoria que para la obtención de documentos de su archivo "de forma mínima y estrecha

cinco (5) días de la fecha de notificación podrían considerarse suficientes". Al respecto, corresponde aclarar que la AFP desde el inicio de la fiscalización hasta la presentación del presente Recurso de Revocatoria, ha solicitado ampliación de plazos y pese a habersele otorgado la última vez mediante Auto de 11 de marzo de 2009, ahora nuevamente argumenta la falta de tiempo, lo cual demuestra una vez más la deficiente gestión del regulado para contar con un archivo documental conforme lo exige la norma. Lo anterior se ve reflejado tras haberse comprobado que la AFP, una vez notificada con la muestra de fiscalización, con la notificación de cargos, como con su Recurso de Revocatoria, solicitó la ampliación del plazo sin ofrecer debidamente en todo este tiempo los descargos suficientes para levantar las infracciones sancionadas.

La ex SPVS en ningún momento ha restringido el derecho a la defensa al regulado, pues más al contrario se ha considerado con mucha flexibilidad la posibilidad que la misma pueda demostrar las observaciones encontradas en la fiscalización. En ese sentido, a continuación se hace una relación de hechos en los que se puede apreciar lo expuesto:

1. En un principio, la inspección debió iniciarse el 15 de septiembre y finalizar el 24 de septiembre de 2008, sin embargo por solicitud de la AFP se inició el 17 de septiembre de 2008, procediéndose con el Acta de Cierre en fecha 29 de septiembre del 2008; coordinando y recibíendose en el transcurso del 17 al 29 de septiembre de la misma gestión la documentación no proporcionada al inicio del trabajo.

Además, después del conocimiento de parte de la AFP de los casos observados a través del Acta de Cierre, en fecha 1 y 2 de octubre de 2008, la Comisión de Fiscalización volvió a las oficinas de la Administradora a objeto de subsanar las observaciones, motivo por el cual de 67 casos observados en el Anexo B Adjunto al Acta de Cierre, disminuyeron a 32 casos.

2. Asimismo, en el Acta de Finalización y Conclusión de fecha 29 de septiembre de 2008, los funcionarios de la AFP a cargo de la entrega de la documentación, en la parte de Comentarios de la Entidad, mencionaron lo siguiente: "Una vez verificado el contenido del Acta de Finalización y Conclusión, se realizará la aclaración o complementación que requiera, realizando una nueva verificación de la documentación presentada oportunamente". Al respecto, de la lectura del Acta realizada en fecha 29 de septiembre de 2008 hasta la notificación de cargos con la nota CITE: SPVS-Nº 1082.2008 realizada en fecha 18 de diciembre de 2008, han transcurrido 80 días calendario, tiempo por demás suficiente, considerando que la AFP indica en los descargos presentados en fecha

05 de enero de 2009, que requiere de por lo menos cinco días hábiles para poder realizar las aclaraciones y presentar la documentación extrañada.

En conclusión, cuando la AFP indica que el tiempo otorgado para la verificación de la información de los pagos del Bonosol de la gestión 2007, es insuficiente para recabar la documentación solicitada por el regulador; corresponde indicar que desde la fecha de inicio de fiscalización 17 de septiembre de 2008 hasta la presentación de su Recurso de Revocatoria recibido en la ex SPVS en fecha 27 de febrero de 2009, transcurrieron 163 días calendario, dentro de los cuales la AFP no ha podido complementar los documentos para descargar la totalidad de los casos sancionados. Asimismo, la AFP olvida que se encuentra obligada por normativa a contar en todo momento con la documentación y los antecedentes relativos a los pagos del Bonosol que le sea exigido por el regulador.

Por los motivos expuestos, al no ser suficientes los argumentos presentados por la AFP para veinte casos, se debe confirmar el cargo sancionado. Asimismo, en cuanto a los doce casos detallados en el cuadro que cursa a fojas 17 se levanta la sanción impuesta.

### **Al Cargo N° 2.**

Futuro de Bolivia S.A. AFP, en esta etapa del proceso presenta la documentación idónea que respalda el pago de Bonosol a Domicilio correspondiente a la Beneficiaria Natividad Cornejo de Ugarte con NUB 2200020584, por tanto corresponde se levante la sanción impuesta.

### **Al Cargo N° 3.**

Con carácter previo al análisis de los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, es necesario revisar la normativa vulnerada por la AFP, la cual establece únicamente dos causas para la recuperación de los importes de Bolívica cobrados en exceso, que son:

- i. Por el cambio de código efectuado por la Corte Nacional Electoral (CNE)
- ii. Por tener diferente fecha de nacimiento en la Base de Datos de la CNE

En ese sentido, para una mejor referencia de lo mencionado, se transcribe el artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003:

“Los Beneficiarios que debido al cambio de código por la Corte nacional Electoral (CNE) cobraron en exceso beneficios del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) y que han sido debidamente identificados por la SPVS, debería (sic) reponer dichos montos previa manifestación expresa, para que sea levantada la observación en la Base de Datos del Bonosol.

Los beneficiarios que cobraron montos en exceso por tener diferente fecha de nacimiento en la Base de Datos de la CNE, **y que demuestren, mediante los respaldos de pago existentes en las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que no se debió a la presentación de un documento de identidad con año diferente al documento presentado para el pago del Bonosol,** deberán reponer dichos montos previa manifestación expresa, con la finalidad de que sea levantada la observación en la Base de Datos del Bonosol.”

Asimismo, la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, establece el procedimiento y los formularios que se utilizarán en la recuperación de importes cobrados en exceso, donde en su parte más importante, establece lo siguiente:

“...4. La AFP responsable de recuperar la reposición por parte del beneficiario, será aquella en la que se encuentra asignado actualmente al beneficiario y se denominará AFP Asignada.

5. En los casos en que el beneficiario tenga cobros en exceso como resultado de cobros anteriores en ambas AFP, la AFP asignada y la otra AFP deberán coordinar entre ellas, para este efecto:

5.1. La AFP asignada, deberá solicitar a la otra AFP los respaldos físicos, los mismos que deberán ser remitidos por la otra AFP, en el plazo máximo de 5 días hábiles de efectuada la solicitud.

5.2. Para los beneficiarios que se encuentren en un área geográfica, donde su AFP asignada no tenga oficina, las AFP deberán coordinar entre ellas para atender a estos beneficiarios.

6. Las AFP, una vez recibidos los listados enviados por la Intendencia de Pensiones deberán seguir el siguiente procedimiento.

6.1 Si el beneficiario se encuentra en estado IBX, y se apersona a la AFP asignada, el funcionario de esta AFP deberá solicitar al beneficiario, su documento de identidad y verificar que efectivamente corresponde al registro con estado IBX en la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol.

6.2 Asimismo pedirá al beneficiario que se apersona en el plazo de siete días hábiles a fin de que la AFP asignada verifique el detalle del listado indicado en el punto II.1. de la presente circular, con los respaldos físicos del pago correspondiente a esas gestiones, con objeto de validar la

información y ver que **no se trate de un homónimo, error en la Base de Datos o si el beneficiario presentó un documento de identidad con diferente fecha de nacimiento.**

6.3 En el séptimo día hábil, la AFP asignada...

6.4 Los datos del Formulario de "Reconocimiento..."

6.5 Cada primer día hábil de la semana la AFP asignada, deberá pasar un listado a la Intendencia de Pensiones, de las personas que cumplieron con el requisito del llenado del formulario durante la semana anterior, el listado deberá contener los siguientes datos: Primer Apellido, Segundo Apellido, Apellido del Esposo, Nombres, Tipo de Documento, Número de Documento, Fecha de Nacimiento, NUB y monto de reposición verificado por la AFP, para que se levante el bloqueo, adjuntado una fotocopia de la parte A del formulario y del Documento de Identidad del Beneficiario, con objeto de que sirvan como constancia del desbloqueo.

7. La Intendencia de Pensiones, con el listado enviado por la AFP asignada y los documentos adjuntos señalados, efectuará el cambio de estado del registro a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso) el que será reportado a las AFP, cada día jueves o día hábil siguiente, de acuerdo a procedimiento de actualización de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol."

De la normativa citada anteriormente, se observa con meridiana claridad que son las AFP, las únicas responsables de la recuperación de los importes cobrados en exceso, previa verificación de la información y documentación, y establecer que **no se trate de un homónimo, error en la Base de Datos o si el beneficiario presentó un documento de identidad con diferente fecha de nacimiento**, y una vez cumplido con estos requisitos la AFP debía remitir un listado a la ex Intendencia de Pensiones para el cambio de Estado. En ese comprendido, en el caso que nos ocupa, cabe mencionar que los listados mencionados para la habilitación de los registros, la AFP adjunta el Formulario A "Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito" y la fotocopia de la Cédula de Identidad presentada para su desbloqueo IBX, y no así la que el Beneficiario presentó para el cobro del Bolívida.

En cuanto al Recurso de Revocatoria interpuesto, llama la atención que la AFP mencione sin respaldo alguno que los documentos de pago Bolívida son remitidos a la ex SPVS, cuando en realidad esta aseveración no es sostenible, puesto que, como se explicó anteriormente y de acuerdo al procedimiento la AFP sólo remite documentación que acredita la aceptación de parte del Beneficiario del descuento correspondiente, no existiendo los comprobantes de pago del Bolívida.

Asimismo, es importante analizar lo mencionado por la AFP cuando ésta se refiere a lo siguiente: "...en ese sentido dichos reclamos eran atendidos por la AFP en cuanto a la verificación inicial de la veracidad de los mismos y posteriormente enviados a la SPVS a quien corresponde la evaluación final de la documentación remitida y la habilitación si correspondiese". Al respecto, de acuerdo a la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 relativa al proceso de reposición de montos cobrados en exceso, es la AFP la responsable de establecer si procede la aplicación del procedimiento y la correspondiente habilitación de registro, por las dos causas que fueron establecidas en la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, señaladas claramente al principio del presente análisis.

Ahora bien, la AFP menciona que los reclamos eran atendidos en cuanto a la "**verificación inicial de la veracidad**", sin embargo, lo que no explica la AFP cuál es la norma por la que se le atribuye o limita realizar únicamente sólo aquello. De igual manera, llama la atención del regulado quien sin ningún sustento normativo asevera que es "**la SPVS a quien corresponde la evaluación final de la documentación remitida y la habilitación si correspondiese**". De lo expuesto, se concluye que las aseveraciones realizadas por la AFP sólo vienen a ratificar el incumplimiento, toda vez que se encuentran completamente alejadas de la normativa imputada. Además, la AFP con estas aseveraciones demuestra de manera clara que estos casos no debieron ser habilitados para el cobro Bonosol y la Renta Dignidad, expresando de esta manera la clara intención del regulado de deslindar su responsabilidad que por norma le asiste, pretendiendo atribuirse al ente regulador.

Por lo expuesto, la normativa establece con claridad que la evaluación de estos casos es obligación de la AFP, y si los mismos no se encontraban dentro la casuística prevista en el artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, la AFP no debió solicitar a la ex SPVS la habilitación de los registros, más al contrario, los casos debieron ser remitidos para la Suspensión de los Beneficios de la Capitalización, por haber cobrado el Beneficio del Bolívida antes de cumplir 65 años de edad, en cumplimiento al Decreto Supremo N° 25994 de 24 de noviembre de 2000.

Con respecto al detalle de pagos de los tres casos relacionados con la reposición al Fondo de Capitalización Colectiva, para un mejor entendimiento, se presenta el siguiente cuadro:

NOMBRE	C.I	FECHA DE HABILITACIÓN	FECHA DE PAGO	GESTIÓN DE PAGO	IMPORTE PAGADO	IMPORTE DESCONTADO	MONTO PAGADO POSTERIOR A LA HABILITACIÓN
ANDREA MAMANI CALLE	620744	06/11/2007	12/12/2007	2005	1.800		
			12/12/2007	2006	1.800		



			12/12/2007	2007	1.800		
			<b>TOTAL</b>		<b>5.400</b>	<b>1.630</b>	<b>3.770</b>
FELICIANO RAMOS QUIROZ	585613	09/02/2007	22/02/2007	2005	1.800		
			22/02/2007	2006	1.800		
			16/11/2007	2007	1.800		
			R.DIGNIDAD	01-11	1.800		
			<b>TOTAL</b>		<b>7.200</b>	<b>420</b>	<b>6.780</b>
LEONARDO PUMA GONZALES	623930		21/12/2007	2006	1.800		
			21/12/2007	2007	1.800		
			R.DIGNIDAD	01-11	2.200		
			<b>TOTAL</b>		<b>5.800</b>	<b>420</b>	<b>5.380</b>
<b>TOTALES</b>					<b>18.400</b>	<b>2.470</b>	<b>15.930</b>

Como se observa en el cuadro anterior, el cálculo de Bs15.930 (QUINCE MIL NOVECIENTOS TREINTA 00/100 BOLIVIANOS) es aquel que inclusive considera los pagos realizados por concepto de Renta Dignidad.

Asimismo, la AFP junto al Recurso de Revocatoria presenta documentación de respaldo a la impugnación de cinco casos, de acuerdo al siguiente detalle:

Nº	CODIGO	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	NOMBRES	DOCUMENTACIÓN ADJUNTA	
1	C	85	620744	MAMANI	CALLE	ANDREA	FOTOCOPIAS DE FORMULARIO DE RECLAMO, RECONOCIMIENTO DE COBRO EN EXCESO, CI, Y CROQUIS,
2	C	117	539527	ARANDIA		MARINA REGINA	FOTOCOPIA FORMULARIO DE RECLAMO, RECONOCIMIENTO DE COBRO EN EXCESO, CI, CM, CN Y BOLETA PAGO BONOSOL,
3	C	131	4177201	GRANITO	GUAQUEREBE	RAMONA	FOTOCOPIA FORMULARIO DE RECLAMO, RECONOCIMIENTO DE COBRO EN EXCESO, CI, Y BOLETA DE PAGO BONOSOL 2006,
6	C	200	682189	TERRAZAS	ESCOBAR	LUIS	FOTOCOPIA FORMULARIO DE RECLAMO, CI, CN, BOLETA PAGO BOLIVIDA 98/99 Y BOLETA DE PAGO BONOSOL 20006,
7	C	225	623930	PUMA	GONZALES	LEONARDO	FOTOCOPIA FORMULARIO RECONOCIMIENTO DE COBRO EN EXCESO, CI, Y PAGO BOLIVIDA 2001

Como se podrá observar en el cuadro anterior, en los casos de la Sra. Andrea Mamani Calle y Ramona Granito Guaquereba, no se adjunta los respaldos del pago Bolivida, documento base para determinar si los beneficiarios se acogen al procedimiento de devolución de los fondos cobrados en exceso y proceder a la habilitación de los registros. Siendo que para los otros tres casos se verifica la improcedencia que la AFP debiera aplicar la norma de recuperación de montos cobrados en exceso.

Finalmente, por las razones expuestas precedentemente, al ser insuficiente los argumentos de la AFP, se ratifica la sanción y reposición al FCC, impuesta mediante R.A. 034/2009.

**CONSIDERANDO:**

Que, de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el ente regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente ha presentado fundamentos que permiten modificar la R.A. 034/2009. En consecuencia, debe confirmarse parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 22 de septiembre de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 56.2009 de 03 de septiembre de 2009, expresando lo siguiente:

##### **"I. ANTECEDENTES**

1. Mediante nota SPVS/IP/DPNC/10611/2008 de 10 de septiembre de 2008 y notificada a nuestra AFP en fecha 11 de septiembre de 2008, se nos solicitó poner a disposición de la Comisión de la Intendencia la documentación referente a Un Mil Setecientos Cincuenta y Cinco (1.755) pagos de Bonosol de la gestión 2007. Adicionalmente se nos requirió documentación de las solicitudes de pago a domicilio en su inciso I, formulario de reclamo correspondientes al inciso H, y respaldos de pagos y documentación que posibilitó la regularización del pago con defecto, señalando que la inspección se llevaría cabo desde el 15 de septiembre de 2008.

2. Con Nota de cargo SPVS N° 1082.2008 de 27 de noviembre de 2008 y notificada a nuestra institución en fecha 18 de diciembre de 2008, la SPVS comunicó a la AFP que existirían indicios de incumplimiento desarrollados en tres (3) Cargos, la AFP presentó los correspondientes descargos mediante nota FUT.SUP.BS 012/2009 de 05 de enero de 2009.

3. Con Resolución Administrativa SPVS/IP N° 034 de 19 de enero de 2009 y notificada a nuestra empresa el 04 de febrero de 2009, la SPVS sanciona a Futuro de Bolivia de acuerdo al detalle del artículo 1° de su parte resolutive: **a) En relación al cargo N° 1** se sanciona con una multa de Un Mil Seiscientos Dólares de los Estados Unidos de América (\$us 1.600,00) por infracción del Punto 2.2.3 de la "Guía de Bonosol" aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005; **b) En relación al Cargo N° 2** se sanciona a la AFP con una multa de Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América, por

infracción al Punto III de la Circular SPVS-IP-DBFCC 087 de 23 de septiembre de 2005; c) **En relación al Cargo 3** Se sanciona a la AFP con una multa en bolivianos equivalente a Cinco Mil Uno 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us 5.001,00), por infracción a lo dispuesto en el Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003.

4. Dentro del plazo legal establecido, en fecha 27 de febrero se presentó el Recurso de Revocatoria, adjuntando al mismo las pruebas pertinentes, particulares, criterios que son reiterados y ratificados en el presente recurso a tiempo de ampliar los mismos para su mejor comprensión.

5. Con Vistos de 11 de marzo de 2009, la SPVS a tiempo de abrir el término probatorio de cinco días, nos instruyó adicionalmente entregar los reportes técnico RT/DPNC/005/2009 y legal SPVS/IP/AL N° 0014, mismos que fueron presentados en su oportunidad con el Recurso de Revocatoria.

6. Con Vistos de 29 de julio de 2009 se radica el recurso presentado por la AP.

7. El 08 de septiembre del presente año la AFP es notificada con la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 56.2009, que confirma parcialmente la Resolución administrativa SPVS/IP N° 34 de 19 de enero de 2009.

Dentro del plazo establecido en el Art. 51, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre del 2003, interponemos el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 56.2009 de 03 de septiembre de 2009 emitida por su autoridad por no haber tornado en cuenta los justificativos y descargos presentados y por no ajustarse a los requerimientos y condiciones que los expusimos en nuestro Recurso de Revocatoria planteado, de acuerdo a los siguientes términos:

## **II. DE LA REVISIÓN A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPNC N° 56.2009**

Habiendo su institución confirmado parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 034, en la cual se desestimaron parcialmente las sanciones impuestas por la Entidad de Regulación, sin embargo no existe -de forma completa- una evaluación de los antecedentes y documentación presentada, manteniendo su entidad la posición asumida de inicio en el proceso sancionatorio, por lo que corresponde efectuar la argumentación siguiente:

### **1 Al Cargo N° 1.**

**Numerales N° 1.1 y 1.2.-** De manera introductoria la AP cita la normativa relativa a las obligaciones y procedimientos establecidos para la atención de reclamos,

etc., respecto al tema de control y seguimiento en el pago del beneficio de Bonosol. Este tema extraña a la AFP, ya que en ningún momento fue negada u omitida la existencia de tales reglamentos o las obligaciones que conllevan, al contrario, es en base a dichas normas legales que fue impugnada la Resolución de Sanción impuesta por su entidad. Asimismo, debemos hacerle notar que los controles, archivo y otros enunciados, no son el fondo de la impugnación, sino que mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 034 somos sancionados en este cargo por la no presentación de documentación de Reclamos para pago de Bonosol identificados como IAR y no IAO, que para efectos de archivo guardan de igual forma una necesaria diferenciación.

En la resolución de sanción existe de manera incuestionable la expresión que denota identificación plena de la supuesta infracción por parte del regulador, es decir se tipifica como incumplimiento del punto 2.2.3 (IAR) de la "Guía de Bonosol" aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005; situación que fue explicada ampliamente en el Recurso de Revocatoria, sobre la imposibilidad de presentar documentación de respaldo de un Reclamo inexistente. Adicionalmente, se detallan tales casos en cuadros insertos en los numerales 1.1 (IAO) y 1.2 (otros estados) tales casos; aseveración de la AFP, "que no es desvirtuada por la AP", es más, mediante conclusiones inconexas tratan de explicar la causa del acto administrativo (inciso b, art. 28° Ley 2341), y no justifican y omiten el uso de los principios de la lógica o de las máximas de la experiencia en la valoración de la prueba, elementos que de acuerdo a la Doctrina deben ser observados cuando se efectúa dicha valoración en un sistema denominado de la Sana Crítica o razonada de la prueba, determinado en el romano II del artículo 67° del D.S: N° 27175.

Adicionalmente, se omite el Principio de la Verdad Material, es decir, evaluar que la AFP informo correctamente, que la infracción tipificada para la sanción fue el incumplimiento de presentación de documentación de respaldo para tramites IAR y no así bloqueos IAO.

Por lo tanto, si a la AFP se le requirió documentación de tramites IAR y esta explica y justifica posteriormente cuando es sancionada, que dicha documentación **jamás existió**, lo lógico es desestimar dicha sanción y no pretender imponer sanción por no haber presentado la documentación de tramites IAO **que no fueron solicitados**. Este hecho, atenta los derechos de la AFP, colocándola en virtual estado de indefensión, másaún cuando su institución constituye la acción como agravante y califica de insuficientes los argumentos y descargos presentados por la AFP. De lo señalado, se desprende que en este punto, la AFP debería presentar de todos modos la documentación de tramites IAO sin que estas hubiesen sido solicitadas anteriormente por la Comisión de Fiscalización.

En este sentido solicitamos se revoque de igual forma las sanciones impuestas a los casos descritos a continuación de los cuales se presentó descargos:  
Correspondientes a Reclamo IAO (inactivo por Pago Observado Conciliación Manual):

N	IA	NUB	Nº DOC	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA DE PAGO	TIPO	
3	B	3	176655	1934551	ZAPANI	CAUMOL		MAMERTO	15/01/2007	IAO
4	B	6	22034421	220934421	ESCARZO	NULL	VILLCACUTI	AMILIANA	16/01/2007	IAO
7	B	19	121047	357876	LIMACHI	ALANOCA	NULL	PEDRO	2007/02/21	IAO
14	B	88	300679850	5185902	ROJAS	CONDORI	NULL	ZENON	2007/08/21	IAO
17	B	98	800174750	4182414	TARAOMA	JUSTINIANO	NULL	GENARO	2007/09/06	IAO
19	B	104	900112875	6746533	MAMANI	HUANCA	NULL	ANDREA	2007/09/21	IAO
28	B	146	220910836	264832	QUISPE	NULL	TORREZ	LEOCADIA	2007/11/13	ACD -IAO
32	B	182	220448151	2242382	CRUZ	NULL	TITIRICO	MARCELA	2007/12/28	IAO

Los siete (7) casos no corresponden a Reclamos IAR sino responden a un reclamo IAO, **claramente se refiere normativamente que los reclamos IAR son diferentes de los reclamos IAO que no fueron instruidos ni solicitados para su presentación.**

Inexistencia de trámite por Reclamo IAR (Inactivo Pagos Rezagados):

N	IA	NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLID O ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO	TIPO	
9	B	22	300233256	5162255	ARCE	BALDERRAMA	NULL	FORTUNATO	2007/02/27	<u>Sin Trámite IAR.</u> de acuerdo al seguimiento realizado en el histórico de la base de datos, se observa como la última modificación en la misma la correspondiente a fecha 05/08/2004, en el que se cargo el archivo del NUB
										<u>Sin Trámite IAR.</u> la última modificación en la base de datos fue realizada el

8	B	38	220909875	2418885	SARZURI	MARCA	NULL	GREGORIA	007/03/29	10/01/2007 por desbloqueo masivo, debido al levantamiento del mismo por actualización y evaluación de criterios vinculados a la aplicación de bloqueos IAF
0	B	45	400152529	620495	MAMANI	FERNANDEZ		MARCOS	007/04/13	<u>Sin Tramite IAR</u> , de igual forma este caso presenta en la base de datos como última modificación el desbloqueo masivo por bloqueo IAF y los criterios vinculados para dicho bloqueo que fueron actualizados y evaluados
11	B	46	900139430	410255	ANARICO	VISALUQUE	NULL	LINO	2007/04/13	<u>Sin Tramite IAR</u> , el caso particular se encontraba bloqueado por la SPVS por fraude IFS, la suspensión emitida mediante R.A. SPVS-IP N° 613 es levantada posteriormente con R.A. SPVS/IP N° 1154 de 27/10/2006, la cedula de identidad con la que se realiza el trámite en el 2099541, el bloqueo y reclamo de

										desbloqueo que se siguió corresponde en última instancia a un bloqueo interno IAS (bloqueo preventivo interno levantado en virtud de la R.A. 1154), diferente de reclamo IAR
13	B	69	900116180	3001-290124Y	CONDORI	FLORES	NULL	FRANSISCO	2007/07/13	<u>Sin Trámite IAR.</u> este beneficiario fue bloqueado con IAF relacionado a trámite de Gastos Funerarios, mismo que fue levantado posteriormente de acuerdo a actualización de criterios para este fin.

Los cinco (5) casos identificados en el cuadro anterior, **no presentan bloqueo IAR en la Base de Datos de Bonosol, por ende no existe documentación de Reclamo por este bloqueo, no correspondiendo la presentación de descargos solicitada por la Comisión de Fiscalización.**

**Numeral 1.3.-** En este punto se pudo evidenciar que los dos casos que son rechazados por la AP comprenden a tramites de IAO, que por error fueron insertos en la planilla del numeral presente cuando correspondía que sean parte del cuadro inserto en el numeral 1.1., aspecto que no fue detectado por la AP y por el contrario solicitaron la presentación de documentación. Para estos dos casos, solicitamos en el Recurso de revocatoria, su revocatoria de la sanción impuesta, ya que no correspondía efectuar mayor argumento operativo ni cronológico, ya que corresponden a reclamos IAR que es el que fue solicitado por la ex SPVS en el momento de la fiscalización.

Nº	IA	NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO	TIPO	
17	B	98	800174750	4182414	TARAOMA	JUSTINIANO	NULL	GENARO	2007/09/06	IAO
33	B	182	220448151	2242382	CRUZ	NULL	TITIRICO	MARCELA	2007/12/28	IAO

**Numeral 1.4.-** De manera por demás parcializada, su institución refiere que nuestra empresa habría solicitado continuamente ampliaciones, dando a entender que este hecho se constituye en causal de trato diferenciado para la AFP contrariando el principio de imparcialidad que debe tener como ente regulador.

Asimismo, dentro de nuestro Recurso de Revocatoria, solicitamos se prescindiera del plazo de apertura de término probatorio, toda vez que en acompañábamos (sic) en este documento, toda la documentación probatoria de respaldo, sin embargo pese a ello, su autoridad volvió a abrir el término de prueba obviando los descargos presentados.

Por otro lado, nos extraña que su autoridad no mencione los descargos que fueron presentados en el plazo establecido mediante nota FUT.SUP.BS 012/2009 de 05 de enero de 2009, que en fecha 06 de enero -posterior al plazo de presentación- es respondida la solicitud de prórroga para la presentación de descargos, de esta manera sistemática fueron desoídas las solicitudes efectuadas por la AFP, negándonos el derecho a la defensa de manera amplia y flexible como es mencionada en la Resolución administrativa ahora impugnada (pág. 8), aclarando nuevamente que no se encuentra en discusión la obligación de tener archivadas la documentación y antecedentes relativos al pago de Bonosol, lo que se encuentra en discusión es la manera injusta en que se otorga a la AFP un tiempo mínimo para realizar la búsqueda de la documentación solicitada, debido a la cantidad considerable que esta representaba. Sin embargo todas estas argumentaciones no fueron considerados por su institución, situación que nos obliga a ratificarnos in extenso en todo nuestro Recurso de Revocatoria, principalmente en su numeral 1.4, esperando que la nueva valoración de los documentos y descargos presentados merezcan una nueva valoración y análisis.

**Al Cargo N° 2.-** Ante la valoración de la documentación y descargos presentados por nuestra empresa, su institución desestimó la sanción impuesta a la AFP, situación que consideramos justa y legal.

**Al Cargo 3.-** En el presente cargo nuevamente presentamos para su valoración la explicación que merece este punto en cuanto al estado IBX (Cobro en exceso). La parte considerativa de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, señala "Que la Corte Nacional Electoral dio de baja registros de ciudadanos Beneficiarios de la Capitalización, a los cuales se les había pagado el beneficio y los volvió a dar de alta con un código de ciudadano distinto al inicial, sin informar a la SPVS, lo que generó que se produzcan pagos de beneficios en exceso, los cuales han sido identificados por la SPVS, procediendo al bloqueo de los mismos, inhabilitando el pago de los beneficios del FCC de las gestiones siguientes;(sic) Por lo que es preciso



establecer mecanismos para que estos Beneficiarios, puedan devolver los recursos monetarios cobrados en exceso por efecto del cambio de código de la CNE y se levante la observación en la Base de Datos, manteniendo el último código generado por la Corte Nacional electoral". Posteriormente explica que el pago en exceso es originado por que dichos pagos comprendieron la fecha de nacimiento del archivo proporcionado por la C.N.E. inicialmente habilitando el pago al beneficiario, pero que posteriormente por actualización de datos por la Corte Nacional Electoral, fueron detectados por la SPVS como casos de beneficiarios con fecha de nacimiento posterior al consignado en la Base de Datos actualizada proporcionado por la C.N.E., originando un pago en exceso de Bolívica; el objeto de dichas normas es precisamente la recuperación de estos cobros en exceso por parte de la AFP.

De tal forma, iniciado el apersonamiento del beneficiario a la AFP que comprende la verificación de los datos en sistema y la documentación presentada por el beneficiario después del espacio de tiempo establecido por norma, el mismo retoma a la AFP en el plazo establecido en el numeral 6.2 de la Circular SPVS-IP N° 068 y una vez confirmado el pago en exceso se procedía a realizar la firma del formulario de Reconocimiento y Compromiso de pago en exceso determinando el monto que debía deducirse al beneficiario en el momento del pago, este documento además de los requeridos al beneficiario eran remitidos a la SPVS por la AFP, quienes en última instancia una vez confirmada la documentación, requisitos y datos de la SPVS era habilitado para que el afiliado pueda efectuar el cobro. Adicionalmente, la SPVS debía actualizar semanalmente la Base de Datos de beneficiarios del FCC, de acuerdo al numeral 7 de la Circular SPVS- IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, **en ese sentido dichos reclamos eran atendidos por la AFP en cuanto a la verificación inicial de la veracidad de los mismos** (punto en el que no se niega la responsabilidad de verificación y control de estos casos por parte de la AFP) **que eran posteriormente enviados a la SPVS a quien corresponde la evaluación final de la documentación remitida y la habilitación si correspondiese.**

En ningún momento la AFP pretendió deslindar las obligaciones que le corresponde como institución, pero debe aclararse que dicha responsabilidad se refiere a la identificación de estos casos, al cumplimiento de gestión de documentación de respaldo y lograr la firma del formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso por el que se efectúa la recuperación de los montos que fueron pagados en demasía, acciones que se encuentran normadas a efecto, así como también de habilitar el pago al beneficiario.

En la página 11 de la Resolución impugnada la AP manifiesta su extrañeza por no enviar las boletas de pago de Bolívica, sin embargo nos permitimos reproducir el texto del in forme Técnico:

"En el caso del señor Feliciano Ramos Quiroz reiteramos la existencia de las siguientes modificaciones, mediante la Carga del Archivo 20061019 de actualización de la SPVS recibido el 20 de octubre de 2006, la AFP procede a la carga del mismo en el sistema informático actualizando la Base de datos de Bonosol, por este hecho es realizado bloqueo IBX por la SPVS, posteriormente mediante el mismo medio, es decir, por correo electrónico es recibido el archivo 20070208 en fecha 09 de febrero de 2007 por el que se actualiza la base de datos de Bonosol y por tanto el estado del beneficiario al estado ARX que habilita previo cumplimiento de las gestiones de la AFP en cumplimiento del procedimientos establecidos para este fin mediante Resolución Administrativa SPVS- IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 , esta última actualización fue efectuada en respuesta al Reclamo IBX enviado a la SPVS mediante nota FUT.SUP 252 de 25 de enero de 2007 adjuntando la documentación respectiva". Por esta última aseveración se demuestra que la documentación normada fue remitida oportunamente y por tanto se encuentra en poder de la AP (ex SPVS), en este sentido invocamos el Derecho de la AFP como regulado de no presentar la documentación que se encuentra en poder de la entidad de regulación, tal como establece el inciso f) del artículo 16° de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que determina textualmente " ... En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos... ...A no presentar documentos que estuviesen en poder de la entidad pública actuante", el no considerar esta documentación que se encuentra en poder de la Autoridad de Fiscalización, concierne una frontal incumplimiento del principio de verdad Material, hecho conexo también con el incumplimiento de la Valoración de la Prueba de acuerdo a la aplicación del principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba al amparo del romano II del artículo 67° del Decreto Supremo N° 27175.

La página 11 nos señala que para la habilitación de los casos de este cargo la AFP presentó los siguientes documentos: Formulario A "Reconocimiento de cobro en Exceso y Boleta de Deposito", fotocopia de la Cedula de Identidad presentada para su desbloqueo IBX, extrañando la cedula presentada para el cobro de Bolivida, documentación que fue remitida adjunta al recurso, sin embargo, para mayor abundamiento y en cumplimiento del principio de Buena fe por las que las actividades administrativas se rigen, remitimos nuevamente dicha documentación a tiempo de solicitar a su autoridad sean consideradas a efecto de revocarse la sanción en este punto.

La pagina 12 de la Resolución recurrida, concluye que la AFP se encuentra completamente alejada de la normativa imputada, y que confirman la infracción, cuando de la reproducción del numeral 7 de la Circular.... se determina claramente que " ... La Intendencia de Pensiones, con el listado enviado por la AFP asignada y los documentos adjuntos señalados, efectuara el cambio de estado del registro a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso) el que será reportado alas AFP, cada día jueves o día hábil siguiente, de acuerdo a

*procedimientos de actualización de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol.", cita normativa concordante con la "Guía de Bonosol" aprobada mediante Circular SPVS- IP 083 de 14 de septiembre de 2005 en su numeral 2.16, por tanto es evidente la participación de la autoridad de regulación en este proceso.*

*Finalmente, es importante señalar que, la infracción es inexistente una vez que la norma supuestamente incumplida, fue ejecutada por la AFP.*

#### **IV. PETITORIO.**

*Por todo lo expuesto, solicitamos que la autoridad remitir (sic) el presente recurso ante la autoridad competente, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa AP N° 56.2009 que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 034 de fecha 19 de enero de 2009, en virtud a los argumentos legales señalados en el presente Recurso Jerárquico, así como los justificativos y descargos presentados y ampliamente detallados en el Recurso de Revocatoria anteriormente interpuesto, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente."*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1. DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.-**

El procedimiento administrativo sancionatorio se rige por principios administrativos, siendo los que corresponde revisar en función al caso de Autos los siguientes:

##### **1.1.- Principio de Tipicidad.-**

La Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 73, referente al Principio de Tipicidad determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas por Ley, y sólo podrán imponerse

aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Por su parte la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, referente al Principio de Tipicidad expresa:

*“... el principio de tipicidad se realiza a través de la **descripción completa, clara e inequívoca** del precepto (praeceptum 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”. (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Asimismo, importará tener en cuenta, que determinada la infracción cometida por el administrado, la sanción debe corresponder, o estar íntimamente relacionada con la infracción, caso contrario, no se estaría cumpliendo con el principio de tipicidad.

## **1.2.- Principio de Congruencia.-**

El principio de congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

*“... **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 arrije; 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”.*

En la misma línea de razonamiento, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09 de noviembre de 2004, fundamenta que:

*“Es en ese contexto que la Resolución Administrativa definitiva dictada por la autoridad respectiva no puede contener hechos distintos ni omitir ninguna de las solicitudes o pretensiones formuladas por la persona que ha solicitado se de inicio a determinado procedimiento administrativo, debiendo las mismas ser resueltas en un mismo acto administrativo”.*

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, 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 la circunstanciada motivación de la sentencia señalando y justificando especialmente los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha.

### **1.3.- Seguridad Jurídica.-**

La **seguridad jurídica** en todo proceso permite establecer a cabalidad que el procedimiento administrativo haya sido cumplido, traduciéndose en un valor supremo del derecho que conduce al camino correcto en el que los jueces, tribunales y administradores de justicia en general deben seguir para obrar en equidad y derecho buscando la mayor congruencia entre lo legal y lo justo, permitiendo que los administrados conozcan en todo momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones.

El derecho y la certidumbre que tiene toda persona frente a las decisiones de la administración pública es una cuestión de seguridad jurídica que debe ser adoptada en el marco de la aplicación objetiva de la Ley, de acuerdo a los principios generales de la actividad administrativa.

Entonces, la importancia de la seguridad jurídica es fundamental en un proceso sancionatorio. Al garantizarse un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios administrativos que tiendan a respetar “un debido proceso”.

### **1.4.- 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, 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.

## **2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

### **2.1 DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-**

Sobre la expresión de agravios como requisito fundamental para la interposición de recursos de alzada y con carácter previo a realizar el análisis de los puntos impugnados por el recurrente resulta necesario establecer la línea doctrinal y el sentido de los recursos de alzada dentro el ámbito del derecho administrativo en general.

En este contexto, tenemos que el procedimiento administrativo establece requisitos específicos para la admisibilidad de los recursos de alzada y/o impugnación sobre un acto administrativo en particular; sin que dichos requisitos formales vayan en contra de los requisitos esenciales que deben contener los recursos de alzada; requisitos que para su procedencia, son esencia y sentido.dentro el derecho en general.

La expresión de agravios en un recurso de alzada es la base misma en que la doctrina otorga al recurrente la posibilidad de revocar un fallo contrario a sus intereses subjetivos; agravios que deben ser expresamente contextualizados ante autoridad ad quem, señalando la omisión o vulneración de determinados derechos y garantías generales, procedimentales o constitucionales que no fueron debidamente valoradas por autoridad que emitió pronunciamiento y es susceptible de un recurso ulterior.

En conclusión la expresión de agravios en la interposición de recursos de alzada no es un mero presupuesto legal, el cual puede ser obviado al momento de recurrir o impugnar un fallo, ya sea judicial, administrativo, constitucional, etc., o más aún, realizar una transcripción pura y simple de impugnaciones ya realizadas.

Realizando una revisión minuciosa del expediente administrativo, especialmente del memorial del Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se establece con meridiana claridad que el recurrente, realiza una copia textual de sus fundamentos, sin tomar en cuenta la aceptación y desestimación realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, así como se evidencia que la entidad recurrente no señala ni expresa en forma fundamentada los agravios que motiven la interposición de su recurso.

### **2.2 CON REFERENCIA AL CARGO No. 1.-**

#### **2.2.1 De la infracción cometida:**

La Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ha imputado y sancionado a

Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento en treinta y dos (32) casos, a lo dispuesto en el Punto 2.2.3 de la "Guía del Bonosol" aprobada mediante la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005, ampliada con Circular SPVS-IP 070/2006 de 10 de agosto de 2006, que determina:

- **CIRCULAR SPVS-IP 83/2005 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2005**

*"Mediante Resolución Administrativa SPVS-P N° 1018 de 27 de diciembre de 2002, se reglamentan los procedimientos y mecanismos que se utilizarán para la actualización de la Base de Datos de Beneficiarios de Bonosol y Gastos Funerarios, así como la atención de los diferentes reclamos que se originen en el pago del BONOSOL.*

*Con el propósito de que los trámites sean ágiles y oportunos, se hace necesario emitir procedimientos para atención de los diferentes reclamos que se originen en el pago del beneficio del BONOSOL. En ese sentido, se adjunta la GUÍA BONOSOL para su aplicación a partir de la fecha de notificación de la presente Circular"*

**GUÍA DEL BONOSOL**

**"2.2 BLOQUEO POR COBRO REZAGADO**

**2.2.1 Descripción**

*(...) Estado de Bloqueo interno AFP – IAR (Inactivo pagos Rezagados)  
No existe estado de bloqueo en la SPVS.*

**2.2.2 Causa**

*Este es un bloqueo por seguridad que se realiza a todos los registros que estando habilitados para cobrar no lo hicieron en un plazo de 120 días a partir de la fecha que les correspondía o que fueron actualizados.*

**2.2.3 Solución**

*El Beneficiario personalmente debe entregar en la AFP los siguientes documentos:*

- a) Fotocopia del Documento de Identidad del Beneficiario.*
- b) Carta de solicitud de desbloqueo indicando el motivo del retraso del cobro.*

*En caso de que el Beneficiario no pueda apersonarse para el trámite del desbloqueo sin tratarse de pago a domicilio, un representante del Beneficiario debe entregar en la AFP, lo siguientes documentos:*

- a) Fotocopia del Documento de Identidad del Beneficiario.*

- b) Carta de solicitud de desbloqueo indicando el motivo del retraso del cobro.
- c) Registro Domiciliario o Certificado de vivencia emitidos por la Autoridad de la Localidad donde reside.
- d) Fotocopia del documento de identidad del solicitante"

- **CIRCULAR SPVS-IP-DBFCC 070/2006 DE 10 DE AGOSTO DE 2006**

"Complementando las Circulares SPVS-IP-DBFCC 083/2005 y SPVS-IP-DBFCC 120/2005 de 14 de marzo y 15 de diciembre de 2005 respectivamente, referente al control preventivo de los registros de la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL que no cobraron el BONOSOL en su debida oportunidad y que se encuentren bloqueados con código de estado "IAN" (Inactivo AFP por no cobro) e "IAR" (Inactivo Pago Rezagado), la presente Circular incorpora lo siguiente:

A partir de la fecha, para el desbloqueo de los registros con estado "IAN" e "IAR", las AFP deberán solicitar adicionalmente a los documentos exigidos en las Circulares mencionadas anteriormente, uno de los siguientes documentos:

- o Certificado original de la Cédula de identidad, emitido por la Dirección Nacional de Identificación personal.
- o Certificado original de la Tarjeta Prontuario o Fotocopia Legalizada de Tarjeta Prontuario"

### **2.2.2 Del caso de Autos.-**

Conforme se evidencia del expediente administrativo cursante en archivo, los treinta y dos(32) casos observados fueron detectados a consecuencia de la Fiscalización practicada, en atención a la Orden de Fiscalización IP/DPNC/03/2008 de 11 de septiembre de 2008, determinándose que dichos pagos correspondían a habilitaciones Inactivo por Rezago (IAR) y la AFP no contaba con documentación completa.

La Autoridad Fiscalizadora emite cargos mediante nota SPVS No. 1082.2008 de 27 de noviembre de 2008 (Cargo 1), por incumplimiento a Punto 2.2.3 de la "Guía del Bonosol" aprobada mediante la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005, ampliada con Circular SPVS-IP 070/2006 de 10 de agosto de 2006 (normas transcritas precedentemente).

La Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.SUP.BS 012/2009 de respuesta a la nota de cargo, así como en la interposición del Recurso de Revocatoria, descargó la imputación de la siguiente manera:



- **Listado 1.1.-** Ocho (8) casos, contaban con bloqueo interno de la AFP Inactivo AFP Observado (IAO) y no así Inactivo AFP por Rezago (IAR). De los ochos casos, cuatro se repiten en el Listado 1.3.
- **Listado 1.2.-** Cinco (5) registros correspondían a estado IAR, pero no contaban con el inicio de ningún trámite por dicho bloqueo por parte del Beneficiario.
- **Listado 1.3.-** Catorce (14) casos, correspondían a IAR y contaban con documentación de regularización. Dos (2) casos no se presentó documento de regularización, pero la AFP alega que corresponden al estado IAO.

Se advierte que la AFP no presenta descargos de nueve (9) casos observados.

La Autoridad Fiscalizadora, mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 034 de 19 de enero de 2009 (RA34/2009), por el cargo 1 en análisis sanciona a la AFP con una multa de \$us. 1.600.- por 32 casos y mediante Resolución Administrativa AP/DPN No. 56.2009 de 3 de septiembre de 2009 (RA56/2009) modifica la sanción impuesta para el cargo 1 con una multa de \$us. 1.000.- por 20 casos, al aceptar los 12 casos descargados por la AFP en instancia recursiva revocatoria.

En las citadas Resoluciones Administrativas (Sancionatoria y Confirmatoria parcial), la Autoridad Fiscalizadora no desvirtúa los argumentos presentados por la AFP en cuanto a la existencia de otro tipo de bloqueos internos de la AFP, o la inexistencia de trámite IAR, u otros, limitándose a un único argumento cual es que los 32 casos debieron haber sido bloqueados preventivamente por la AFP dentro del plazo establecido y además solicitar la documentación al Beneficiario para la habilitación correspondiente.

Ahora bien, compulsado el expediente, se puede determinar lo siguiente.

- a) De los casos que la AFP argumenta que corresponden a Reclamos IAO.-** La AFP tanto en el Recurso de Revocatoria como en el Recurso Jerárquico expresan que corresponde a siete (7) casos, sin embargo el listado que exponen muestra ocho (8) casos.

Es así que de los ocho casos tenemos que:

- Tres casos han sido aceptados por la Autoridad Fiscalizadora y por lo cuales se disminuyó el monto de sanción. Estos casos se encontraban duplicados en la lista denominada "Trámites que cuentan con respaldo y corresponden a Reclamos IAR, IAO" (Numeral 1.3), por lo que la Autoridad revisada la documentación, aceptó su regularización a tiempo de la resolución del Recurso de Revocatoria planteado por la AFP, situación que no se percató la AFP a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico.

- Cinco casos no han sido aceptados por la Autoridad Fiscalizadora, bajo el argumento que el regulado no ha presentado ninguna documentación completa para la habilitación de los casos sujetos a sanción.

**b) De los casos que la AFP argumenta inexistencia de Reclamos IAR.-** Los cinco casos presentados por la AFP no son aceptados por la Autoridad Fiscalizadora, bajo el argumento que la AFP incumplió el plazo señalado en la norma al no realizar el bloqueo preventivo IAR, pero además omitió solicitar la documentación al Beneficiario para la habilitación correspondiente.

Los casos corresponden a:

- Tres casos (NUB 220909875, 400152529 y 900116180), corresponden a estado IAF (Inactivo AFP Fallecido), bloqueo realizado por la AFP por cruces de información de fallecidos de otras fuentes, mismos que fueron desbloqueados por la propia AFP en fecha 10/01/2007 mediante desbloqueo masivo.
- Un caso (NUB 900139430) se encontraba en estado IFS (Inactivo Fraude o Suspensión).
- Un caso (NUB 300233256) correspondía a un registro bloqueado por pago con defecto desde la gestión 2003.

**c) De los trámites que la AFP señala que cuentan con respaldo y corresponden a Reclamos IAR , IAO.-**

La AFP presenta catorce (14) casos en este grupo, y tenemos que:

- Doce (12) casos son aceptados por la Autoridad Fiscalizadora, por lo que le disminuye la sanción impuesta mediante RA34/2009.
- Dos (2) casos no son aceptados, sin embargo la AFP a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico señala que corresponden a estado IAO.

**d) De los casos por lo que la AFP no presenta argumentos en contra.-**

Nueve (9) casos por los que la AFP a lo largo del proceso administrativo no ha presentado descargos, o argumentos en contra.

Por lo anteriormente expuesto tenemos lo siguiente:

- Doce (12) casos descargados y aceptados por la Autoridad Fiscalizadora.

Nº	Nº AP	CÓDIGO		NUB	Nº DE C.I.	1º APELLIDO	2º APELLIDO	APELL. ESPOSO	NOMBRES
1	7	B	19	121047	357876	LIMACHI	ALANOCA		PEDRO
2	12	B	66	900020542	165031	CHIPANA	FLORES		RUBEN
3	15	B	92	220161944	1163245	ZAMBRANA	PEREZ		GUILLERMO
4	21	B	110	800075627	1924538	LOPEZ	MEJIA		LUIS
5	22	B	114	800041856	1936257	SALAS	RODRIGUEZ		FROILAN
6	24	B	126	800063078	1688344	CARDENAS	MOLINA		JORGE
7	25	B	130	900130047	141713	PAUCARA		BALLON	JOSEFA
8	26	B	141	220472652	45079	MAGNE	GUACHALLA		NELY
9	28	B	146	220910836	264832	QUISPE		TORREZ	LEOCADIA
10	29	B	157	169248	1750359	FERREIRA	MESQUITA		FRANCISCO
11	31	B	181	400078975	523023	A UENAJA	QUENA		MARTIN
12	32	B	182	220448151	2242382	CRUZ		TITIRICO	MARCELA

- Seis (6) casos que corresponden al estado IAO.

Nº	Nº AP	CÓDIGO		NUB	Nº DE C.I.	1º APELLIDO	2º APELLIDO	APELL. ESPOSO	NOMBRES
1	3	B	3	176655	1934551	ZAPANI	CAUMOL		MAMERTO
2	4	B	6	220934421	220934421	ESCARZO		VILLCACUTI	EMILIANA
3	14	B	88	300679850	5185902	ROJAS	CONDORI		ZENON
4	17	B	98	800174750	4182414	TARAOMA	JUSTINIANO		GENARO
5	19	B	104	900112875	6746533	MAMANI	HUANCA		ANDREA
6	23	B	123	900025534	1763628	KERDY		DASILVA	CONSUELO

- Cinco (5) casos que corresponden a otros estados (IAF-IFS-IAO).

Nº	Nº AP	CÓDIGO		NUB	Nº DE C.I.	1º APELLIDO	2º APELLIDO	APELL. ESPOSO	NOMBRES
1	8	B	22	300233256	5162255	ARCE	BALDERRAMA		FORTUNATO
2	9	B	38	220909875	2418885	SARZURI	MARCA		GREGORIA
3	10	B	45	400152529	620495	MAMANI	FERNANDEZ		MARCOS
4	11	B	46	900139430	410255	YANARICO	VISALUQUE		LINO
5	13	B	69	900116180	3001-290124Y	CONDORI	FLORES		FRANCISCO

- Nueve (9) casos que la AFP no presenta argumentos en contrario.

Nº	Nº AP	CÓDIGO		NUB	Nº DE C.I.	1º APELLIDO	2º APELLIDO	APELL. ESPOSO	NOMBRES
1	1	B	1	220376888	254682	PACA	PATZI		VICENTE

2	2	B	2	200306500	449727	CONDORI		CALLISAYA	SIMONA
3	5	B	10	800018059	1676336	LOBO	CAMPOS		OSMAN
4	6	B	14	96403	294877	FLORES	CENTENO		EUSEBIO
5	16	B	94	900166635	7602169	PACEMA	TEMO		CARMEN
6	18	B	103	800052118	1676992	SOSA	MALE		FRANCISCO
7	20	B	106	220304222	139120	ROJAS		ARCE	ASCENCIA
8	27	B	145	300072833	761954	CLAROS	CLAROS		ANA MARITZA
9	30	B	162	900024776	7635386	FERNANDEZ	GOSALVEZ		ROMULO

Respecto a los seis (6) casos que corresponden a estado IAO y los cinco (5) casos que han sido bloqueados con otros estados, corresponde precisar que la Autoridad Fiscalizadora, no puede imponer sanción por un incumplimiento diferente al imputado, ya que no debemos olvidar que la nota de cargos, hace referencia a la habilitación en caso de encontrarse en **estado IAR** y no así IAO ó IFS ó IAF. Si bien, la AFP debió haber inhabilitado los once (11) registros con el estado IAR, por el tiempo transcurrido, sin embargo dicha situación no puede ser considerada en el presente proceso recursivo, ya que corresponde a otra imputación de cargos.

La Autoridad Fiscalizadora, no puede basar su argumentación para mantener el cargo y consiguiente sanción en lo siguiente:

*“Con relación a los argumentos expuestos en los puntos 1.1, 1.2 y 1.3, se debe tener claro que los estados IAR, IAO, IAG y ACD, son bloqueos aplicados por las AFP de forma interna, por lo que en la Base de Datos administrada por la ex SPVS, no refleja dichos bloqueos. En ese sentido, los 32 casos registrados en la Base de Datos del regulador, se advierte que se encontraban habilitados para el cobro, sin embargo, la AFP no consideró la existencia de pagos efectuados por la misma AFP en fechas posteriores a 120 días a partir de la fecha que le correspondía o que fueron actualizados. Ante este hecho, la AP en su rol de regulador se halla en la obligación de velar por el estricto cumplimiento de la normativa relativa a los bloqueos y el procedimiento de desbloques de registros que efectúan los regulados, para lo cual precisa de forma imprescindible velar por el cumplimiento de la norma a través de la verificación de la documentación pertinente.*

*En esa línea de comprensión, la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005, el bloqueo IAR (Inactivo Pagos Rezagados) debe ser realizado por la AFP, con el objeto de proporcionar seguridad a los Beneficiarios que estando*

*habilitados para el cobro del BONOSOL no lo hicieron en un plazo de 120 días a partir de la fecha en la que correspondía (fecha de cumpleaños) o que fueron actualizados. Asimismo, con respecto a los Bloqueos IAO (Inactivo por Pago Observado Conciliación Manual), la misma dispone que en el marco de las Resoluciones Administrativas 257/04 y 511/05, la AFP debe bloquear un registro cuando en un pago de Bonosol se presenten defectos, los cuales se encuentran definidos en las Resoluciones Administrativas antes mencionadas."*

Por lo que, queda demostrado que la Autoridad Fiscalizadora, reconoce que no ha seguido un proceso correcto de Diligencias Preliminares, ya que basó su imputación solo en la información existente en su institución. Asimismo demuestra que la imputación iba dirigida a la falta de bloqueo de casos que sobrepasaron los 120 días a partir de la fecha en que le correspondía el cobro, por lo que presumió que al haberse pagado en fecha posterior a los 120 días dichos pagos la AFP procedió con el bloqueo IAR, cuando no sucedió de esa manera, situación que indujo a que la Autoridad Fiscalizadora imputara incorrectamente el cargo para determinados casos.

Pese a tomar conocimiento de que dichos casos no contaban con bloqueo IAR, siguió el proceso sancionatorio, ratificando los cargos y consiguiente sanción, bajo el argumento de la obligación de la AFP de bloquear los mismos y para su habilitación contar con la documentación completa de respaldo del bloqueo IAR.

Por lo tanto, lo señalado en párrafos anteriores evidencia que la Autoridad Fiscalizadora ha transgredido el principio de congruencia, principio de tipicidad y la seguridad jurídica, mismos que han sido desarrollados en el numeral 1 de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Es así que queda claro, que la Autoridad Fiscalizadora, no debió imponer sanción por once (11) casos correspondientes a pagos bloqueados con estado IAO, IFS e IAF.

Ahora bien, respecto a los nueve (9) casos restantes esta instancia jerárquica no se pronuncia, al no existir argumentos en contrario que hayan sido presentados por la AFP a tiempo de la impugnación, por lo cual no merecen mayor análisis, tomándose como aceptados por la misma.

### **2.2.3 Conculcación del Derecho a la defensa.-**

La AFP presenta argumentación respecto a que la Autoridad Fiscalizadora, habría conculcado su derecho a la defensa en el presente proceso administrativo sancionatorio.

El derecho a la defensa en "*lato sensu*", otorga a los sujetos procesales la amplia facultad de ejercer todo tipo de actos que creyeren convenientes para hacer valer su pretensión, corresponde un derecho y/o garantía constitucional que implica el presentar todo tipo de prueba idónea que crea conveniente, así como realizar

solicitudes dentro el marco del procedimiento establecido, a ser oído por autoridad competente y demás actos legales que brinden a estos sujetos la posibilidad de hacer valer el derecho alegado.

La Constitución Política del Estado vigente, consagra el derecho a la defensa, al determinar en su artículo 117 que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso.

En este sentido, los administradores de justicia están en la obligación de otorgar todos los medios necesarios para que los administrados puedan ejercer el derecho a la defensa consagrado en la Constitución y las Leyes y de esta manera puedan defenderse en el marco del debido proceso, siendo obligación de la Autoridad realizar una valoración objetiva de todo lo fundamentado y presentado.

Entonces el Debido Proceso como se anotó en el numeral 1.4 del presente Considerando, es la garantía que goza el administrado desde el inicio del procedimiento administrativo hasta su conclusión, 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.

En el caso de Autos, previa compulsión del expediente administrativo, se puede apreciar que la Autoridad Fiscalizadora ha cumplido el procedimiento administrativo, abriéndose el plazo probatorio pese a no ser requerido por el recurrente en “*contrarium sensus*” con la fundamentación planteada para este punto respecto a la existencia de plazos cortos para la presentación de pruebas, que le conculcaron el derecho a la defensa.

Es más, la solicitud de prescindir de un plazo probatorio no necesariamente debe ser aceptada por la Autoridad Fiscalizadora, ya que como establece el Art. 62 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, ésta cuenta con la facultad de determinar la apertura de un término de prueba **sea de oficio** a pedido de parte, situación que no conculca la valoración de los descargos presentados con anterioridad, siendo esta una apreciación totalmente subjetiva realizada por el recurrente.

Como se advierte del expediente administrativo, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha procedido con la valoración de todos y cada uno de los descargos presentados por el recurrente, cual se puede constatar a fojas 131 y siguientes de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 034 de 19 de enero de 2009, y a fojas 195 de la Resolución Administrativa AP/DPNC No. 56.2009 de 3 de septiembre de 2009, por lo tanto se concluye que no se ha conculcado el derecho a la defensa, como arguye el recurrente.

Sin embargo, dicha situación no implica que esta instancia jerárquica de por admitida una correcta valoración de los antecedentes presentados en instancia inferior, como se apreció en el numeral anterior.

### 2.3 CON REFERENCIA AL CARGO 3.-

La sanción impuesta por la ex SPVS a Futuro de Bolivia S.A. AFP para el cargo No. 3, refiere al incumplimiento del Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y de la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, en los trámites de nueve Beneficiarios, cuyo listado es el siguiente:

Nº	CODIGO		NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES
1	C	85	400129591	620744	MAMANI	CALLE		ANDREA
2	C	117	220046816	539527	ARANDIA		BALDERRAMA	MARINA REGINA
3	C	131	800173655	4177201	GRANITO	GUAQUEREBÁ		RAMONA
4	C	152	800172958	1692157	CHUQUI	CARTAGENA		DANIEL
5	C	198	142043	515285	URUA	HUANCA		VENANCIA
6	C	200	300531094	682189	TERRAZAS	ESCOBAR		LUIS
7	C	225	400104759	623930	PUMA	GONZALES		LEONARDO
8	C	236	123969	2160921	TOLA	AGUDO		FAUSTO
9	C	124	300254928	585613	RAMOS	QUIROZ		FELICIANO

Conforme se expresa en la Nota de Cargo SPVS No. 1082.2008 de 27 de noviembre de 2008 (Cargo 3), la infracción corresponde a la inexistencia de la documentación que respalda el desbloqueo, y en el caso del Beneficiario Sr. Feliciano Ramos Quiroz, se estableció que habría cobrado el beneficio del BOLIVIDA sin contar con la edad de 65 años, requerido para el efecto.

Asimismo, y a tiempo de la emisión de la sanción mediante RA34/2009, se establece que en los casos de los Beneficiarios Leonardo Puma Gonzales y Andrea Mamani Calle, también habrían cobrado el beneficio del BOLIVIDA sin contar con la edad de 65 años.

Conforme expresa la Autoridad Fiscalizadora en los diferentes actos administrativos emitidos a lo largo del proceso sancionatorio, la AFP no presenta o lo hace extemporáneamente la documentación extrañada correspondiente a los comprobantes del pago del BOLIVIDA, como requisito de validación establecido en el Parágrafo II numeral 6.2 de la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003.

Ahora bien, revisado el expediente tenemos que:

De la documentación cursantese constata que en los tres pagos de BOLIVIDA correspondientes a Feliciano Ramos Quiroz, Leonardo Puma Gonzales y Andrea Mamani Calle, la fecha de nacimiento registrada en el documento de identidad es diferente aquella inserta en el documento presentado en el reclamo de Cobro en Exceso, situación que contraviene lo determinado por la Resolución Administrativa

SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, ya que la norma determina que no corresponde la devolución por cobro en exceso cuando se cuenta **con un documento de identidad con fecha de nacimiento diferente**. Asimismo, la diferencia en fecha de nacimiento permite determinar su vez que los Beneficiarios habrían cobrado dicho beneficio antes de los 65 años, situación que induce a considerar que ninguno de estos Beneficiarios contaba con la edad mínima de 65 años, exigida por el artículo 1° de la Ley 2427 de 28 de noviembre de 2002, situación confirmada en las tres Resoluciones Administrativas de Suspensión de derecho de cobro del BOLIVIDA, remitidas por la Autoridad Fiscalizadora a esta instancia jerárquica.

Por lo que, se evidencia que la AFP no verificó a través de los comprobantes de pago del BOLIVIDA y documentación adjunta al trámite de Devolución de Cobros en Exceso, que los citados Beneficiarios presentaron documento de identidad con fecha de nacimiento diferente de la que cobraron el BONOSOL, ello en infracción **de la normativa imputada en los cargos** y que permite la imposición de sanción.

Ahora bien, respecto a los argumentos planteados por el recurrente en su memorial de interposición de Recurso Jerárquico, debe tenerse presente que la participación de la Autoridad reguladora en los trámites con estado "IBX", no le exime a la AFP del deber legal, dispuesto por el numeral 6.2. de la Circular SPVS-IP 068/2003, de realizar la verificación de la documentación de cada uno de los casos, a objeto de establecer si los Beneficiarios **cumplen o no** con los requisitos exigidos por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 y la propia Circular SPVS-IP 068/2003.

Por otra parte, respecto a los seis casos restantes, se ha constatado lo siguiente.

- En cinco (5) trámites, se determina que la AFP si presentó los comprobantes de pago de BOLIVIDA a tiempo de la interposición del Recurso de Revocatoria, mismos que fueron observados por la Autoridad Fiscalizadora, como documentación faltante y que le permitía mantener el cargo e imposición de sanción. Estos cinco casos corresponden a los trámites de los siguientes Beneficiarios: Marina Arandía de Balderrama, Daniel Chuqui Cartagena, Venancia Uruña Huanca, Luis Terrazas Escobar y Fausto Tola Agudo.

Se aclara que la documentación revisada citada en el párrafo anterior fue remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DJ/1180/2009 de 16 de octubre de 2009, a requerimiento de esta instancia jerárquica por solicitud del recurrente, (Art. 56 del Reglamento aprobado por D.S. 27175).

- En el expediente administrativo compulsado no se registra el comprobante de pago del BOLIVIDA de la Sra. Ramona Granito Guaquereba.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que:



- a) Queda demostrado que la AFP si presentó la documentación extrañada para cinco casos, por lo que no corresponde sean considerados en la sanción impuesta, más aún si en la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 034 de 19 de enero de 2009, sólo refiere a dicha omisión y en la confirmatoria, donde se presentan estos documentos no realiza mayor fundamentación que permita a esta instancia jerárquica realizar pronunciamiento diferente.
- b) Asimismo se constata el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y de la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, por los trámites de loscuatro Beneficiarios restantesconforme se analizó precedentemente.

Ahora bien, al haberse impuesto el monto de sanción mínimo dentro del rango de gravedad calificada como media, misma que no fue objeto de impugnación o argumentación por parte de la entidad recurrente, la subsistencia de los cuatro casos sujetos a sanción no permite la modificación de su cuantía.

**CONSIDERANDO:**

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión que la Autoridad Fiscalizadora no ha seguido el procedimiento administrativo sancionador, conforme se evidencia del Considerando anterior.

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a), con relación al Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa AP/DPNC N° 56.2009 de 03 de septiembre de 2009 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 034 de 19 de enero de 2009 emitida por la ex

Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, modificándose de la siguiente manera:

i. Se modifica el inciso a) del Artículo 1 de la siguiente manera:

*“a) En relación al Cargo No.1, sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a Cuatrocientos Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us.450,00), por nueve (9) registros de Pago de Bonosol, en infracción a lo dispuesto en el Punto 2.2.3 de la “Guía del Bonosol” aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005 ampliada con Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006 de 10 de agosto de 2006.*

ii. Se modifica el inciso d), incluyendo el siguiente texto:

“Asimismo, se desestima la sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP por once (11) casos por no corresponder la imputación planteada. El detalle de casos es el siguiente:

Nº	Nº AP	CÓDIGO	NUB	Nº DE C.I.	1º APELLIDO	2º APELLIDO	APELL. ESPOSO	NOMBRES
1	3	B 3	176655	1934551	ZAPANI	CAUMOL		MAMERTO
2	4	B 6	220934421	220934421	ESCARZO	NULL	VILLCACUTI	EMILIANA
3	8	B 22	300233256	5162255	ARCE	BALDERRAMA		FORTUNATO
4	9	B 38	220909875	2418885	SARZURI	MARCA		GREGORIA
5	10	B 45	400152529	620495	MAMANI	FERNANDEZ		MARCOS
6	11	B 46	900139430	410255	YANARICO	VISALUQUE		LINO
7	13	B 69	900116180	3001-290124Y	CONDORI	FLORES		FRANCISCO
8	14	B 88	300679850	5185902	ROJAS	CONDORI		ZENON
9	17	B 98	800174750	4182414	TARAOMA	JUSTINIANO		GENARO
10	19	B 104	900112875	6746533	MAMANI	HUANCA		ANDREA
11	23	B 123	900025534	1763628	KERDY		DASILVA	CONSUELO

iii. Se incluye el inciso e), con el siguiente texto:

“Se desestima la sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP por cinco (5) casos correspondiente al Cargo No. 3 por haber sido debidamente descargados. El detalle de casos desestimados es el siguiente:

Nº	Nº	CODIGO	NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES
1	2	C 117	220046816	539527	ARANDIA		BALDERRAMA	MARINA REGINA
2	4	C 152	800172958	1692157	CHUQUI	CARTAGENA		DANIEL

3	5	C	198	142043	515285	URUA	HUANCA		VENANCIA
4	6	C	200	300531094	682189	TERRAZAS	ESCOBAR		LUIS
5	8	C	236	123969	2160921	TOLA	AGUDO		FAUSTO

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

AP/DPC N° 70.2009 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2009

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2010 DE 18 DE ENERO DE 2010

## **FALLO**

CONFIRMA TOTALMENTE



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2010**

La Paz, 18 de enero de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa AP/DPC No. 70.2009 de 14 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de 6 de abril de 2009, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros respectivamente; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 003/2009 de 14 de enero de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 29 de septiembre de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPC/No. 70.2009 de 14 de septiembre de 2009, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de 6 de abril de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Que, mediante nota AP/DJ/1020/2009 con fecha de recepción de 02 de octubre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPC /No. 70.2009 de 14 de septiembre de 2009, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 6 de octubre de 2009, notificado en fecha 9 de octubre de 2009.

Que, mediante Auto de fecha 6 de octubre de 2009, el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros acepta la excusa presentada por la Dra. Ericka Balderrama Pérez, disponiendo su separación, conocimiento y sustanciación del presente Recurso Jerárquico, delegando dicha competencia a la Dra. Patricia Mirabal Fanola.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCION ADMINISTRATIVA SPVS/IP N° 244 DE 06 DE ABRIL DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de 6 de abril de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resuelve lo siguiente:

#### ***“ARTÍCULO 1. (OBJETO)***

*La presente Resolución Administrativa tiene por objeto establecer el procedimiento para la aplicación de recargos establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones.”*

### **2. RECURSO DE REVOCATORIA.**

En fecha 4 de mayo de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**



**PENSIONES**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N°. 244 de 6 de abril de 2009, con los siguientes argumentos:

#### **"I. ANTECEDENTES.**

*El Art. 33 de la Ley de Pensiones dictada el 29 de noviembre de 1996, determina los pagos de Intereses y Recargos a los empleadores que no pagaron oportunamente las cotizaciones y otros recursos con destino a la Cuenta Individual de los afiliados, bajo su dependencia laboral.*

*El tercer párrafo del artículo referido establece, en forma clara y contundente, que el empleador moroso deberá pagar en beneficio del Afiliado y de la Administradora de Fondos de Pensiones, el recargo en compensación a la pérdida del beneficio o al incremento en costos respectivamente.*

*El inc. a) del referido artículo, estipula que el empleador deberá pagar hasta un máximo del 20% del capital necesario para el financiamiento de pensiones por invalidez o muerte, con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones que pague la prestación correspondiente.*

*En fecha 22 de enero de 2004, mediante Decreto Supremo N° 27324 se determina en el Art. 12 que los Recargos establecidos en el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones, que paguen los empleadores morosos, serán acreditados en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales según corresponda, administradas por las AFP.*

*En fecha 6 de abril del 2009 mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/ N° 244, su institución dicta el procedimiento de aplicación del inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones.*

#### **II. FUNDAMENTACION LEGAL**

*Con enorme extrañeza hemos podido observar que su institución no ha observado que una norma de inferior jerarquía, como es el D.S. 27324, no puede anteponerse ni aplicarse por encima de la Ley N° 1732, Ley de Pensiones.*

*El Art. 33 inc. a) de la Ley de Pensiones claramente estipula que el empleador moroso pagará hasta un máximo de un 20% del capital necesario con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones que pague la prestación correspondiente, y en ningún momento esta ley considero ningún tipo de Cuenta, menos de Siniestralidad o Colectiva, por lo que mal podría su institución reglamentar una disposición totalmente ilegal y contraria a normas superiores, más por el contrario nuestra empresa al estar regulada por su institución confía plenamente en que el órgano regulador vela porque se cumpla en forma*

*estricta y a cabalidad las disposiciones de la Ley de Pensiones, de acuerdo a su obligación de cumplir y hacer cumplir la Ley, por lo que en caso contrario como en el presente, en que la norma de menor jerarquía pretenda modificar y anteponerse ante la Ley principal, debería haber sido observada y representada por ustedes ante el órgano gubernamental pertinente, ya que los estarían obligando a incurrir en error y en ilegalidad.*

*Asimismo, debo recordarle que el Art. 49 inc. a) de la Ley de Pensiones, referido a las Funciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros determina expresamente como funciones y obligaciones **“el de cumplir y hacer cumplir la Ley de Pensiones y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos”**, por lo que mal podría pretender su institución, reglamentar un Decreto Supremo ilegal y contradictorio con la norma principal.*

*Sin embargo, el segundo párrafo del segundo considerando de la Resolución recurrida, su institución reconoce expresamente que el Art. 33 de la Ley de Pensiones, establece que el empleador deberá pagar en beneficio del Afiliado y de la Administradora de Fondos de Pensiones, en compensación a la pérdida de beneficios o al incremento en costos respectivamente, recargos establecidos en reglamento. Esta transcripción exacta y reconocida como legal por su institución contradice sus párrafos posteriores de la Resolución que regula del D.S. 27324, ya que parecería que no fue comprendida cuando se señala claramente que el recargo establecido en el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones corresponde a las AFP.*

*Para que el inc. a) del Art. 33 referido, pueda tener validez legal, previamente deberá ser derogado o modificado con otra norma de igual jerarquía, situación que debió haber sido representada u observada por su institución.*

*Es indudable que la norma mantiene la presunción de constitucionalidad mientras no se declare su inconstitucionalidad, situación que podría darse en cualquier momento, pero también no debe olvidarse que de conformidad al artículo 410, párrafo II, existe una jerarquía normativa en la aplicación en las normas que debe ser observada y cumplida por todos los estantes y habitantes, y más por una autoridad regulatoria.*

*Por todo lo expuesto, solicitamos por legalidad y cumplimiento estricto de la Ley de Pensiones, se revoque la Resolución recurrida por ser contraria a una norma superior, vulnerando la nueva Constitución Política del Estado.*

*Debe quedar claro que nuestras consideraciones no tienen por objeto simplemente revocar una Resolución Administrativa, sino fundamentalmente que se sigan todos los procedimientos legales para evitar que posteriormente estas*

regulaciones se vean impugnadas por otros regulados, como los propios empleadores.

Es importante también resaltar que ya la propia Superintendencia General del SIREFI, en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera N° SG SIREFI RJ 34/2005 de fecha 30 de agosto de 2005, determinó que los recargos establecidos en el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones "... los mismos no van a cubrir las prestaciones del afiliado, sino a **cubrir los costos**, puestos (sic) que el objeto de los recargos es compensar por la pérdida de beneficios o por el incremento costo. En el primer caso, la pérdida de beneficios solo puede darse en el caso de Riesgo Común, cuando el afiliado no logró cumplir con los requisitos del Art. 8 de la Ley de Pensiones por incumplimiento de su empleador. En el caso de Riesgo Profesional, la cobertura esta determinada por Ley y el incumplimiento del empleador no ocasiona que el beneficiario pierda sus beneficios.

#### **Otrosí 1°.- DE LA ILEGAL REGULACION DEL D.S. 27324.**

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente y sin que constituya aceptación a la posibilidad que se pueda reglamentar el Artículo 12 del D.S. 27324, artículo que de acuerdo a nuestras consideraciones va en contra de una norma superior, nos permitimos poner a su consideración los siguientes aspectos de orden legal:

1. El Art. 4° y 11° de la Resolución recurrida, aplica el pago por parte del empleador del recargo del RC/RP con destino a la cuenta de Siniestralidad o Colectiva, cuando se compruebe que existen periodos de cotización en mora de uno o más empleadores en el Periodo Considerado, que no ocasionan la pérdida de cobertura.

Es importante aclarar lo siguiente:

- a) Esta determinación es totalmente injusta ya que pretende cobrar un recargo por todos aquellos pensionados que ya gozan de una cobertura y de una pensión ya sea de invalidez o de muerte, situación que sería difícil sustentar o justificar dentro de los procesos ejecutivos sociales ya que justamente de las Cuentas de Siniestralidad o Colectiva, se obtienen los recursos para el pago de sus pensiones, si ya fue coberturado con fondos de ese Fondo, por que volver a cobrar este Recargo para ese Fondo, si el mismo no fue afectado?

El concepto de Recargo es claro, ya que constituye en una penalidad al empleador por no haber pagado oportunamente las contribuciones

y haber ocasionado la pérdida de los beneficios, situación que no aplicaría al Art. 4º referido.

b) No es equitativa, ya que de acuerdo al Art. 11 del D.S. 27324 el empleador moroso que dentro los 30 días de notificado su recargo establecido de acuerdo al inc. b) del Art. 33, cancelare el monto total de lo adeudado, se libera del pago total del Recargo, situación que no está comprendida para el inc. a) del art. 33 de la Ley de Pensiones, debiendo su institución buscar la equidad de derechos en el tratamiento de las normas.

2. El Art. 6º determina la fecha de notificación con el Recargo, señalando 3 días hábiles administrativos para notificar al Empleador con la Hoja de Cálculo de Recargo RC/RP.

En este artículo se debe considerar lo siguiente:

a) El plazo de 3 días hábiles administrativos, es demasiado corto para poder notificar al Empleador con el recargo del inc. a) del Art. 33, ya que para el inc. b) del mismo artículo la norma nos señala un plazo de 15 días, por lo que se debería uniformar los plazos de notificaciones.

b) Para poder generar el recargo, el afiliado o su derechohabiente deberán presentar toda la documentación probatoria de la relación de dependencia laboral, ya que al contar con plazos cortos de notificación que requerirá documentación fehaciente y veraz, y así evitar declaraciones de demandas improbadas y se perdería la confiabilidad en los documentos que presentamos para demandar, así como del contenido de la información en estos títulos ejecutivos que pudieran derivar en procesos judiciales contra nuestra institución.

3. El Art. 9 determina el Convenio de Pago de Recargo RC/RP, sin embargo este difiere del Convenio de Pago estipulado en el Art. 13º del D.S. 27324, situación injusta e incorrecta ya que su institución por equidad debería uniformar los criterios para el cobro de Recargos.

a) En el Cobro de Recargos del inc. b) del Art. 33 se requiere que para la suscripción del Convenio de Plan de Pagos, el afiliado o sus derechohabientes deberán dar autorización escrita para su suscripción. Para la aplicación del inc. a) del mismo artículo no se considera dicho requisito.

b) El Art. 13 del D.S. 27324, establece que el monto del pago inicial corresponderá al 40% del recargo o la suma del monto de las

*pensiones correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de la solicitud y la fecha de suscripción del convenio, más el monto necesario para el pago de pensiones correspondientes a dos (sic) meses adicionales.*

*Sin embargo la resolución recurrida, determina que los montos correspondientes a los pagos parciales serán establecidos de mutuo acuerdo entre la AFP y el Empleador, y que a la mitad del tiempo pactado en el Convenio de Pago, debería estar pagado el 50 % del monto total del recargo descrito en el inc. a) del Art. 33.*

*Esta norma al no ser equitativa con el tratamiento del otro recargo, generará duda y desconfianza con los empleadores, ya que no se podrá justificar por qué en un recargo existe mayor posibilidad de tiempo en el pago y en el otro es totalmente restrictivo, tomando en cuenta que al empleador moroso, se le cobrara el 120% del recargo de acuerdo a su Resolución N° 244.*

#### **IV PETITORIO.**

*Por todo lo expuesto solicitamos que la autoridad (sic) remitir el presente recurso ante la autoridad competente, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la correspondiente Resolución Revocando la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 70.2009 de 14 de septiembre de 2009 que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de fecha 6 de abril de 2009, en virtud a los argumentos de revocatoria anteriormente interpuesto, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente."*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPC/N° 70.2009 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

#### **"CONSIDERANDO:**

*Que, la ex SPVS emitió la R.A. 244/2009 notificada en fecha 9 de abril de 2009, mediante la cual resuelve establecer el Procedimiento para la aplicación de los recargos establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones.*

*Que, el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, instrumento normativo Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, determina en su artículo 37 del Capítulo V (Procedimiento Recursivo), los casos donde procede el Recurso de Revocatoria, enunciando que " ... los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias sectoriales del SIREFI".*

Que, con las facultades que franquea la norma, mediante memorial presentado en fecha 4 de mayo de 2009, Futuro de Bolivia S.A. AFP, interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A. 244/2009, donde expresa los fundamentos y agravios que motivan el petitorio de revocatoria.

### **CONSIDERANDO**

Que, es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el Recurso de Revocatoria planteado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, como se procede a continuación:

Que, Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado, indica que en la normativa regulatoria emitida por la ex SPVS, no se habría observado que un precepto jurídico de inferior jerarquía, como es el Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, se antepone y aplica por encima de la Ley N° 1732, de Pensiones. Al respecto, corresponde recordar al regulado que el Decreto Supremo N° 27324 es de cumplimiento obligatorio y goza de la presunción de constitucionalidad, manteniendo plena validez hasta que exista un pronunciamiento contrario emitido por la Autoridad competente del control de la constitucionalidad de las normas. Asimismo, importa mencionar que el Decreto Supremo N° 27324 no ha sido impugnado por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

El Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 en su artículo 12, determina de forma imperativa que la aplicación de los recargos establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones será regulada por la ex SPVS, y además indica que este recargo debe ser acreditado en la Cuenta de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda, administradas ambas por las AFP.

En ese entendido, la ex SPVS en ese entonces entidad encargada de cumplir y hacer cumplir la norma que se emitía en los mercados financieros, entre los que se encontraba el Mercado de Pensiones, con la potestad reglamentaria que le asistía, emite la R.A. 244/2009, donde establece el procedimiento para la aplicación de la normativa superior dictada por el Poder Ejecutivo. La R.A. 244/2009 no contradice ni vulnera el ordenamiento jurídico superior, puesto que simplemente dicta los actos para que se efectivice la aplicación del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, toda vez que la norma con rango de ley, necesariamente debe contar con una normativa reglamentaria acorde con los lineamientos señalados por dicha ley a través de la emisión de normas jurídicas de menor jerarquía que permitan su mejor aplicación.

La AFP además señala en su impugnación, lo siguiente: "...El Art. 33 inc. a) de la Ley de Pensiones claramente estipula que el empleador moroso pagará hasta un máximo del 20% del capital necesario con destino a la Administradora de

Fondos de Pensiones que pague la prestación correspondiente, **yen ningún momento esta ley consideró ningún tipo de Cuenta, menos de Siniestralidad o Colectiva**, por lo que mal podría su institución reglamentar una disposición totalmente ilegal y contraria a normas superiores". Al respecto, si bien la norma aludida por el regulado no refiere expresamente la aplicación de la operativa para los recursos provenientes de los recargos, sin embargo es importante aclarar a la AFP que conforme lo establece el Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 y la normativa emitida por la ex SPVS, estos recursos están dirigidos a la Cuenta de Riesgos Profesionales y de Siniestralidad; debiendo la AFP administrar y controlar los recursos de estas Cuentas para el otorgamiento de las prestaciones del SSO conforme lo determina el artículo 92 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

En esa línea legal de entendimiento, la R.A. 244/2009 reglamentaria de lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, viene a reglamentar lo extrañado por la AFP; como potestad otorgada al Poder Ejecutivo y sus entidades, conforme lo expresa la misma Ley de Pensiones a través del artículo 68, así como el punto 8 del artículo 172 y el punto 4 del artículo 175 de la Constitución Política del Estado, emitiendo Decretos Supremos y normas administrativas en el ámbito de su competencia.

Como corolario al análisis de este argumento, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 34/2005 de 30 de agosto de 2005, emitida por la ex Superintendencia de Regulación Financiera (SIREFI), indica lo siguiente: "No se debe olvidar que el Artículo 33 establece que el Recargo se origina por 2 causas, cuando el afiliado pierde la cobertura (ya habíamos señalado que en el Seguro de Riesgo Profesional el afiliado no pierde la cobertura) o cuando hay incremento en costos. En el caso del inciso a), es lógico suponer que no se refiere a la pérdida de beneficios, ya que este inciso establece que estos Recargos no pueden ser mayores al 20% del Capital Necesario para solventar las prestaciones del afiliado, porcentaje insuficiente para cubrir los beneficios que hubiera perdido el afiliado por la mora de su empleador, por lo que estos Recargos emergentes del inciso a) no pueden ser aplicables al Seguro de Riesgo Profesional por la pérdida de beneficios ya que no se podría financiar los beneficios con un monto de hasta el 20 % del Capital Necesario. La procedencia de recargos por el incremento de costos, señalados en el inciso a), debe ajustarse a los (sic) dispuesto por el Artículo 12 del Decreto Supremo No. 27324 referente a que estos Recargos se destinan a la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales. ". Por lo expuesto, el SIREFI a través de este pronunciamiento señaló la línea interpretativa de la norma dejando establecido que los recursos provenientes de recargos previstos por el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones, deben ser acreditados en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales según corresponda, administradas por las AFP.

*Futuro de Bolivia S.A. AFP señala también en su Recurso de Revocatoria lo siguiente: "Sin embargo, en el segundo párrafo del segundo considerando de la Resolución recurrida su institución reconoce expresamente, que el Art. 33 de la Ley de Pensiones, establece que el empleador deberá pagar en beneficio del Afiliado y de la Administradora de Fondos de Pensiones, en compensación a la pérdida de beneficios o al incremento en costos respectivamente, recargos establecidos en reglamento. Esta transcripción exacta y reconocida como legal por su institución, contradice sus párrafos posteriores de la Resolución que regula el D.S. 27324, ya que parecería que no fue comprendida cuando se señala claramente que el recargo establecido en el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones corresponde a las AFP. "*

*Al respecto, corresponde inicialmente dejar en claro que las Cuentas de Siniestralidad y Colectiva de Riesgos Profesionales son administradas por las AFP, de acuerdo a norma. Sobre lo expresado por la AFP, esta efectúa una interpretación que responde a una opinión propia distinta al espíritu de la normativa de pensiones. El artículo 33 de la Ley de Pensiones expresa claramente que la aplicación de los recargos previstos por esta norma será por reglamento, aspecto que fue cumplido a través del artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324. A su vez el mencionado artículo 12 fue regulado por la ex SPVS con la RA. 244/2009; ambas normas prevén que los recargos deberán ser destinados a las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgos Profesionales según corresponda. En este sentido, al haberse determinado el destino de los recursos de los recargos provenientes del inciso a), estos deben ser utilizados en beneficio de los Afiliados, cumpliéndose así lo establecido por el artículo 33 de la Ley de Pensiones y la norma reglamentaria. Es importante recalcar que ni la Ley de Pensiones ni su norma reglamentaria autorizan expresamente que los recursos de los recargos provenientes del inciso a) sean destinados a beneficio de la propia AFP, ya que el origen del cobro de estos recargos es la mora del empleador por el no pago de aportes correspondientes al Afiliado en el plazo establecido, aportes que si hubieran sido pagados por el empleador se hubieran destinado a beneficio del propio Afiliado y no de la AFP; siendo que los recursos del recargo inciso a) se destinan a la Cuenta de Siniestralidad o la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, estos recursos van en beneficio de los Afiliados.*

#### **CONSIDERANDO:**

*Que, con respecto al Otro sí<sup>1</sup> presentado en el Recurso de Revocatoria, corresponde señalar lo siguiente:*

- ✓ Al Punto 1. Con relación a los Artículos 4 y 11 de la R.A. 244/2009, la AFP manifiesta que los mismos aplican al pago del Empleador del Recargo de RC/RP con destino a la Cuenta de Siniestralidad o Colectiva, cuando se compruebe que existen periodos de cotización en mora de uno o más*



empleadores en el Periodo Considerado, que no ocasionan la pérdida de cobertura.

En el Inciso a), la AFP señala que la determinación del Punto 1 es totalmente injusta porque se pretende cobrar un Recargo por los Afiliados que ya gozan de Pensión por Invalidez o generaron Pensión por Muerte, pensiones que están financiadas por las Cuentas de Siniestralidad o Colectiva, por lo que sería difícil sustentar el cobro en los Procesos Ejecutivos. Asimismo, señala que el concepto de Recargo se constituye en una penalidad al Empleador por no haber pagado oportunamente las contribuciones y haber ocasionado la pérdida de beneficios, situación que no aplicaría al Artículo 4° de la R.A. 244/2009.

Al respecto, cabe aclarar que el Inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones señala que el Empleador deberá pagar "Hasta un máximo del veinte por ciento (20%) del capital necesario para el financiamiento de Pensiones por invalidez o muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado invalido o hubiese fallecido durante el periodo en que el empleador no pago la prima respectiva... "; por lo que este tipo de penalidad para los Empleadores morosos se encuentra plenamente respaldado por norma.

Asimismo, corresponde indicar que el Decreto Supremo N° 27324, en su artículo 12 establece que los recursos provenientes de los Recargos establecidos en el Inciso a) deberán ser depositados en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda, por lo que la ex SPVS en cumplimiento al mismo artículo, mediante la emisión de la R.A. 244/2009 estableció el procedimiento para la respectiva aplicación del mencionado Decreto Supremo.

Con relación al cuestionamiento de la AFP referido a por qué volver a cobrar un Recargo para el Fondo, si este no fue afectado, la AFP parece desconocer los alcances del artículo 33 de la Ley de Pensiones, toda vez que existen 2 tipos de Recargos, el correspondiente al inciso a) donde la mora del Empleador no ha generado descobertura a los Afiliados o Derechohabientes y estos perciben pensiones y el Recargo del Inciso b), en el cual la mora del Empleador genera descobertura a los Afiliados o Derechohabientes y mientras el Empleador no pague el Recargo, el Afiliado o Derechohabientes no pueden acceder a la prestación por Invalidez o Muerte respectiva. Por lo que queda claro que la normativa ha previsto un Recargo para el Empleador en dos situaciones distintas, cual enuncia el ya citado artículo 33.

Sobre el concepto de Recargos articulado por la AFP, el mismo contradice lo señalado en el Inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones que

establece que el Empleador deberá pagar Recargos hasta un máximo del 20% del Capital Necesario para el financiamiento de Pensiones por Invalidez o Muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado inválido o hubiese fallecido **durante el periodo en que el empleador no pagó la prima respectiva**, con destino a la AFP que pague la prestación correspondiente.

- ✓ En cuanto al Inciso b), la AFP señala que la R.A. 244/2009 no es equitativa ya que de acuerdo al Artículo 11 del Decreto Supremo N° 27324 el empleador moroso que dentro de los 30 días de notificado su Recargo establecido en el Inciso b) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones cancelare el monto de lo adeudado, se libera del pago total del Recargo, situación que no está comprendida para el Inciso a) del mismo artículo 33.

Al respecto, cabe aclarar a la AFP que el artículo 11 del Decreto Supremo N° 27324 al que hace referencia, establece la liberación de recargos para dependientes inválidos o fallecidos que no tengan cobertura en el Seguro de Riesgo Común (Inciso b) del artículo 33 Ley de Pensiones) debido a las Contribuciones en mora de su Empleador. La R.A. 244/2009 norma el procedimiento para los casos de Empleadores cuya mora no ha generado la descubierta del Afiliado, por lo que se establece claramente que los Empleadores a los que se aplica el Recargo RC/RP establecido en el Inciso a) del artículo 33 no se puede aplicar la liberación de Recargos. Dicho texto se aplica solo al Inciso b) del artículo 33 de la Ley de Pensiones.

Por lo que, denota una vez más que la AFP estaría confundiendo los dos tipos de Recargo. Por otro lado, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no puede determinar liberación de ningún interés, Recargo u otra multa al amparo de la Ley de Pensiones, sino debe cumplir la norma, misma que solo permite la liberación de Recargos para el Inciso b) del artículo 33.

- ✓ Para el Punto 2. Inciso a), la Administradora señala que el plazo de 3 días hábiles administrativos para notificar con el Recargo al Empleador es demasiado corto, considerando que para el Inciso b) del mismo artículo 33 el plazo es de 15 días por lo que se deberían uniformar los plazos de notificaciones.

Al respecto, la AFP parece desconocer la normativa de Recargos regulada por la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 883/2008 que aprueba el procedimiento de trámites sin cobertura en Riesgo Común por mora del empleador correspondiente al Inciso b) del artículo 33, ya que la misma cuenta con similar plazo de 3 días hábiles administrativos para notificar al Empleador con la Hoja de Cálculo de Capital Necesario, una vez realizado el cálculo del Capital Necesario, conforme determina su Artículo Cuarto.

- ✓ *En el Punto 2. Inciso b), la Administradora indica que para generar el Recargo, el Afiliado o Derechohabiente deberá presentar toda la documentación probatoria de la relación de dependencia laboral, ya que al contar con plazos cortos de notificación se requerirá documentación fehaciente y veraz, y así evitar declaratorias de demandas improbadas, se perdería la confiabilidad en los documentos que se presenta para demandar, así como del contenido de la información que pudieran derivar en procesos judiciales contra la AFP.*

*Al respecto, extraña que la Administradora no contextualice la norma emitida, considerando que la R.A. 244/2009 corresponde al Inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones, por lo que su aplicación corresponde a Afiliados o Derechohabientes que ya cuentan con un Dictamen notificado definitivo y por ende son casos con trámite de Invalidez o Muerte concluido, situación que determina que la verificación documentaria respecto a la relación de dependencia laboral ya ha sido constatada, tanto en la revisión de la cobertura, como en la verificación del Estado de Cuenta, misma que se realiza en el curso del trámite de la pensión.*

*Por lo que claramente una vez más, la AFP confunde el tipo de Recargo, toda vez que para el Inciso b) puede darse el caso que plantea, pero no para el Inciso a).*

- ✓ *Al Punto 3. La AFP señala que el Artículo 9 de la R.A. 244/2009 que determina el Convenio de Pago de Recargo RC/RP difiere del Convenio de Pago "estipulado" en el Artículo 13 del Decreto Supremo N° 27324, situación que indica, es injusta e incorrecta, por lo que se debería uniformar los criterios para el cobro de Recargos.*

*En el Inciso a) del mencionado Punto 3, señala que en el cobro de Recargos del Inciso b) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones, para la suscripción del Convenio de Pago, se requiere la autorización escrita del Afiliado o los Derechohabientes. La AFP señala que para la aplicación del Inciso a) del mismo Artículo no se considera dicho requisito.*

*De igual manera a lo mencionado en las anteriores viñetas, corresponde aclarar que en el caso de Recargos correspondientes al Inciso b) del artículo 33 de la Ley de Pensiones, el Decreto Supremo N° 27324 prevé la autorización expresa del Afiliado o Derechohabientes considerando que el pago de pensión a los mismos está sujeto al pago del Recargo que haga el Empleador. En el caso de Recargos RC/RP, el Afiliado o Derechohabientes ya se encuentran recibiendo una pensión, por lo que al no ser afectada la misma por el pago del Recargo, no es necesaria su autorización. Por*

Además, la R.A. 244/2009 contempla similares condiciones del Convenio de Pago.

- ✓ Respecto al Inciso b) del Punto 3, la Administradora indica que el artículo 13 del Decreto Supremo N° 27324 establece que el monto de pago inicial corresponderá al 40% del Recargo o la suma del monto de las pensiones correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de solicitud y la fecha de suscripción del Convenio, más el monto necesario para el pago de pensiones correspondientes a doce (12) meses adicionales. Sin embargo, la R.A. 244/2009 determina que los montos correspondientes a los pagos parciales serán establecidos de mutuo acuerdo entre la AFP y el Empleador, y que a la mitad del tiempo pactado en el Convenio de Pago, debería estar pagado el 50% del monto total del Recargodescrito en el Inciso a) del artículo 33. Señala que al no ser equitativa la norma con el tratamiento del otro Recargo, generará duda y desconfianza con los empleadores, ya que no se podrá justificar por qué en un recargo existe mayor posibilidad de tiempo en el pago y en el otro es totalmente restrictivo, tomando en cuenta que al empleador moroso, se le cobrará el 120% del Recargo de acuerdo a la R.A. 244/2009.

Con relación al pago del 50% a la mitad del tiempo pactado, es importante recalcar que en ambos casos, la aplicación de la norma es idéntica. El procedimiento de pago del Convenio de Pago establecido en el Decreto Supremo N° 27324 no aplica a los Recargos RC/RP porque los recursos del Recargo RC/RP no se destinan a financiar las pensiones de Invalidez o Muerte, como es el caso de Recargos del Inciso b). En los Recargos correspondientes al Inciso b), el monto del primer pago debe garantizar el pago de las pensiones devengadas y 12 meses adicionales de pensión, para que financien la Pensión Contingente, **situación que no sucede en Recargos RC/RP.**

Con relación al pago del 120% del Recargo, es importante recordar a la AFP que los Recargos RC/RP y los Recargos (Inciso b) no se suman, ya que ambos se generan por casuísticas distintas y excluyentes entre sí. Los Recargos RC/RP se aplican a los casos de Afiliados con cobertura en los Seguros de Riesgo Común y Profesional. Los Recargos del Inciso b) se aplican a casos de Afiliados sin cobertura en el Seguro de Riesgo Común.

## **CONSIDERANDO**

Que, finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP se llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permiten modificar la ratio legis de la R.A. 244/2009, respecto al Procedimiento para la Aplicación de los Recargos

establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones. En consecuencia, debe confirmarse la misma, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica " I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida... ".

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.**

En fecha 29 de septiembre de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 70.2009 de 14 de septiembre de 2009, expresando lo siguiente:

##### **"I. ANTECEDENTES.**

*El Art. 33 de la ley de Pensiones dictada el 29 de noviembre de 1996, determina los pagos de Intereses y Recargos a los empleadores que no pagaron oportunamente las cotizaciones y otros recursos con destino a la Cuenta Individual de los afiliados, bajo su dependencia laboral.*

*El tercer párrafo del artículo referido establece, en forma clara y contundente, que el empleador moroso deberá pagar en beneficio del Afiliado y de la Administradora de Fondos de Pensiones, el recargo en compensación a la pérdida del beneficio o al incremento en costos respectivamente.*

*El inc. a) del referido artículo, estipula que el empleador deberá pagar hasta un máximo del 20% del capital necesario para el financiamiento de pensiones por invalidez o muerte, con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones que pague la prestación correspondiente.*

*En fecha 22 de enero de 2004, mediante Decreto Supremo N° 27324 se determina en el Art. 12 que los Recargos establecidos en el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones, que paguen los empleadores morosos, serán acreditados en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesional, es según corresponda, administradas por las AFP.*

*En fecha 6 de abril del 2009 mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/ N° 244, su institución dicta el procedimiento de aplicación del inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones. Contra esta Resolución se interpuso oportunamente Recurso de Revocatoria, el mismo que pese a la claridad de sus argumentos, no fue tomado en cuenta.*

En este sentido la AP emitió la Resolución 70.2009 que confirmó la Resolución Administrativa 244, que ahora es objeto de Recurso Jerárquico.

## **I. FUNDAMENTACION LEGAL.**

1. En principio la AP no ha considerado que el D.S. 27324, en su Artículo 12, al determinar que: "La aplicación de los recargos establecidos en el inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones será regulada por la SPVS, debiendo ser acreditados los mismos en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda, administradas por las AFP. ", esta normando más allá de lo que corresponde, puesto que la Ley de Pensiones en su Artículo 33, inciso a), dice todo lo contrario, puesto que señala que el destino de estos recargos es la AFP que pago la prestación correspondiente, señalando que los recargos se aplicarán: "a) Hasta un máximo del veinte por ciento (20%) del capital necesario para el financiamiento de Pensiones por invalidez o muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado invalido o hubiese fallecido durante el periodo en que el empleador no pagó la prima respectiva, **con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)** que pague la prestación correspondiente. "

En consecuencia, si bien las normas se presumen constitucionales mientras no sean declaradas inconstitucionales, también es un precepto constitucional que las normas se aplican de acuerdo a su jerarquía, señalada en el Artículo 410 de la Constitución Política del Estado, siendo deber de toda autoridad aplicar esta jerarquía, caso contrario podría ser sujeta a incumplimiento de deberes.

2. La AP no ha observado que una norma de inferior jerarquía, como es el D.S. 27324, no puede anteponerse y aplicarse por encima de la Ley N° 1732, Ley de Pensiones. El Art. 33 inc. a) de la Ley de Pensiones claramente estipula que el empleador moroso pagará hasta un máximo del 20% del capital necesario con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones que pague la prestación correspondiente, y en ningún momento esta ley considero ningún tipo de Cuenta, menos de Siniestralidad o Colectiva, por lo que mal podría su institución reglamentar una disposición totalmente ilegal y contraria a normas superiores, mas por el contrario nuestra empresa al estar regulada por su institución confía plenamente en que el órgano regulador vela porque se cumpla en forma estricta y a cabalidad las disposiciones de la Ley de Pensiones, de acuerdo a su obligación de cumplir y hacer cumplir la Ley, por lo que en caso contrario como en el presente, en el que una norma de menor jerarquía pretenda modificar y anteponerse ante la Ley principal, debería haber sido observada y representada por ustedes ante el órgano gubernamental pertinente, ya que los estarían obligando a incurrir en error y en ilegalidad.

3. Asimismo, debo recordarle que el Art. 49 inc. a) de la Ley de Pensiones, referido a las Funciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determina expresamente como funciones y obligaciones, **"el de cumplir y hacer cumplir la Ley de Pensiones y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos"**, por lo que mal podría pretender su institución, reglamentar un Decreto Supremo ilegal y contradictorio con la norma principal.

Sin embargo, en el segundo párrafo del segundo considerando de la Resolución recurrida, su institución reconoce expresamente, que el Art. 33 de la Ley de Pensiones, establece que el empleador deberá pagar en beneficio del Afiliado y de **la Administradora de Fondos de Pensiones**, en compensación a la pérdida de beneficios o al incremento en costos respectivamente, recargos establecidos en reglamento. Esta transcripción exacta y reconocida como legal por su institución, contradice sus párrafos posteriores de la Resolución que regula el D.S. 27324, ya que parecería que no fue comprendida cuando se señala claramente que el recargo establecido en el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones corresponde a las AFP.

Para que el inc. a) del Art. 33 referido, pueda tener validez legal, previamente deberá ser derogado o modificado con otra norma de igual jerarquía, situación que debió haber sido representada u observada por su institución.

Es indudable que una norma mantiene la presunción de constitucionalidad mientras no se declare su inconstitucionalidad, situación que podría darse en cualquier momento, pero también no debe olvidarse que de conformidad al Artículo 410, párrafo II, existe una jerarquía normativa en la aplicación en las normas que debe ser observada y cumplida por todos los estantes y habitantes, y más por una autoridad regulatoria.

Por todo lo expuesto, solicitamos que por legalidad y cumplimiento estricto de la Ley de Pensiones, se revoque la Resolución recurrida por ser contraria a una norma superior, vulnerando la nueva Constitución Política del Estado.

Debe quedar claro que nuestras consideraciones no tienen por objeto simplemente revocar una Resolución administrativa, sino fundamentalmente que se sigan todos los procedimientos legales para evitar que posteriormente estas regulaciones se vean impugnadas por otros regulados, como los propios empleadores.

Es importante, también resaltar que ya la propia Superintendencia General del SIREFI, en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera N° SG SIREFI RJ 34/2005 de fecha 30 de agosto de 2005, determinó que los recargos establecidos en el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones "... los mismos no van

a cubrir las prestaciones del afiliado, sino a **cubrir los costos**, puestos que el objeto de los recargos es compensar por la pérdida de beneficios o por el incremento costo. En el primer caso, la pérdida de beneficios solo puede darse en el caso de Riesgo Común, cuando el afiliado no logró cumplir con los requisitos del Art. 8 de la Ley de Pensiones por incumplimiento de su empleador. En el caso de Riesgo Profesional, la cobertura está determinada por Ley y el incumplimiento del empleador no ocasiona que el afiliado pierda sus beneficios.

#### **Otrosí 1º.- DE LA ILEGAL REGULACION DEL D.S. 27324.**

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente y sin que esto constituya aceptación a la posibilidad que se pueda reglamentar el Artículo 12 del D.S. 27324, artículo que de acuerdo a nuestras consideraciones va en contra de una norma superior, nos permitimos poner en su consideración los siguientes aspectos de orden legal:

1. El Art. 4º y 11º de la Resolución recurrida, aplica el pago por parte del empleador del Recargo de RC/RP con destino a la Cuenta de Siniestralidad o Colectiva, cuando se compruebe que existen periodos de cotización en mora de uno o más empleadores en el Periodo Considerado, que no ocasionan la pérdida de cobertura.

Es importante aclarar lo siguiente:

- a) Esta determinación es totalmente injusta ya que se pretende cobrar un recargo por todos aquellos pensionados que ya gozan de una cobertura y de una pensión ya sea de invalidez o muerte, situación que sería difícil sustentar o justificar dentro de los procesos ejecutivos sociales, ya que justamente de las Cuenta de Siniestralidad o Colectiva se obtienen los recursos para el pago de sus pensiones, si ya fue coberturado con fondos de ese Fondo, por que volver a cobrar este Recargo para ese Fondo, si el mismo no fue afectado?

El concepto del Recargo es claro, ya que se constituye en una penalidad al empleador por no haber pagado oportunamente las contribuciones y haber ocasionado la pérdida de beneficios, situación que no aplicaría al Art. 4º referido.

- b) No es equitativa, ya que de acuerdo Art. 11 del D.S. 27324 el empleador moroso que dentro de los 30 días de notificado su recargo establecido de acuerdo al inc. b) del Art. 33, cancelare el monto total de lo adeudado, se libera del pago total del Recargo, situación que no está comprendida para el inc. a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones,



debiendo su institución buscar la equidad de derechos en el tratamiento en las normas.

2. El Art. 6° determina la fecha de notificación con el Recargo, señalando 3 días hábiles administrativos para notificar al Empleador con la Hoja de Cálculo de Recargo RC/RP.

En este artículo se debe considerar lo siguiente:

- a) El plazo de 3 días hábiles administrativos, es demasiado corto para poder notificar al Empleador con el recargo del inc. a) del Art. 33, ya que para el inc. b) del mismo artículo la norma nos señala un plazo de 15 días, por lo que se debería uniformar los plazos de notificaciones.
- b) Para poder generar el recargo, el afiliado o su derechohabiente deberán presentar toda la documentación probatoria de la relación de dependencia laboral, ya que al contar con plazos cortos de notificación se requerirá documentación fehaciente y veraz, y así evitar declaratorias de demandas improbadas y se perdería la confiabilidad en los documentos que presentamos para demandar, así como del contenido de la información en estos títulos ejecutivos que pudieran derivar en procesos judiciales contra nuestra institución.

3. El Art. 9 determina el Convenio de Pago de Recargo RC/RP, sin embargo este difiere del Convenio de Pago estipulado en el Art. 13° del D.S. 27324, situación injusta e incorrecta y que su institución por equidad debería uniformar los criterios para el cobro de Recargos.

- a) En el Cobro de Recargos del inc. b) del Art. 33 se requiere que para la suscripción del Convenio de Plan de Pagos, el afiliado o sus Derechohabientes deberán dar su autorización escrita para su suscripción. Para la aplicación del inc. a) del mismo artículo no se considera dicho requisito.
- b) El Art. 13 del D.S. 27324, establece que el monto del pago inicial corresponderá al 40% del recargo o la suma del monto de las pensiones correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de solicitud y la fecha de suscripción del convenio, mas el monto necesario para el pago de pensiones correspondientes ados (sic) meses adicionales.

Sin embargo la Resolución recurrida, determina que los montos correspondientes a los pagos parciales serán establecidos de mutuo acuerdo entre la AFP y el Empleador, y que a la mitad del tiempo pactado en el Convenio de Pago, debería estar pagado el 50% del monto total del recargo descrito en el inc. a)

*del Art. 33. Esta norma al no ser equitativa con el tratamiento del otro recargo, generara duda y desconfianza con los empleadores, ya que no se podrá justificar porque en un recargo existe mayor posibilidad de tiempo en el pago y en el otro es total mente restrictivo, tomando en cuenta que al empleador moroso, se le cobrara el 120% del recargo de acuerdo a su Resolución N° 244.*

#### **IV. PETITORIO.**

*Por todo lo expuesto, solicitamos que la autoridad (sic) remitir el presente recurso ante la autoridad competente, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 70.2009 que confirma parcialmente (sic) la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de fecha 6 de abril de 2009, en virtud a los argumentos legales señalados en el presente Recurso Jerárquico, ampliamente detallados en el Recurso de Revocatoria anteriormente interpuesto, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente.”*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1.SOBRE LA JERARQUÍA NORMATIVA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.-**

El recurrente motiva su recurso cuestionando la reglamentación de una norma de menor jerarquía que contraviene las disposiciones de la Ley principal; haciendo alusión a preceptos constitucionales, que de acuerdo a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP deberían ser considerados y aplicados con preferencia ante cualquier otra disposición.

En este contexto, se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, señalado que el mismo es contradictorio a lo que establece el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones No.1732 debiendo darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

En resumen, lo que Futuro de Bolivia S.A. AFP señala como agravio primordial es la disposición final del inc. a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones por la cual a su entender interpretan que los recargos establecidos en contra el empleador moroso deben ir con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones como un recurso propio para la empresa.

Siguiendo esta línea, efectivamente la Ley establece que dicho recargo irá con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones, empero en ningún momento dispone que éstos serán en beneficio y/o a favor de la sociedad anónima como tal. Como bien sabemos las leyes emitidas por el Órgano Legislativo son de carácter general, debiendo estas ser reglamentadas mediante normativa especial mediante Decretos Supremos, Reglamentos, Resoluciones, y en este contexto lo que hace el Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 es reglamentar una disposición legal de carácter general (Ley 1732), estableciendo que el “destino” de dichos recargos deben ser acreditados a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales aclarando que los mencionados recursos no son en beneficio y/o a favor de la Administradora de Fondos de Pensiones sino en beneficio de los afiliados al SSO, cuyas cuentas son administradas por ésta.

La interpretación hecha por el recurrente sobre el “destino” de los recargos pagados por el Empleador moroso en aplicación del inc. a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones, considera que estos deben ir en beneficio de la Administradora de Fondos de Pensiones y el Decreto Supremo contrariamente establece que se debe destinar estos recursos a las Cuentas de Siniestralidad o Colectiva de Riesgos Profesionales.

El recurrente no solo expresa una interpretación subjetiva del alcance de la norma, sino que va más allá acusándola de ilegal e inconstitucional, solicitando la aplicación del artículo 410 de la Constitución Política del Estado, confundiendo términos de jerarquía normativa con los de ilegalidad e inconstitucionalidad. La glosada disposición constitucional dispone que la aplicación de las normas jurídicas se rijan por jerarquía normativa anteponiendo la Constitución a la Ley y la Ley a los Decretos y reglamentos; empero en ningún momento dispone la presunción de ilegalidad y/o inconstitucionalidad de una disposición legal de menor jerarquía que otra; no podemos confundir el rango jerárquico de las disposiciones legales con la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de la misma puesto que la Constitución Política del Estado establece la presunción de legalidad y constitucionalidad de las normas jurídicas.

Por otro lado, no debemos olvidar la facultad discrecional con la que cuentan los tribunales administrativos para la aplicación de la Ley, que implica un análisis para su aplicación y no una interpretación legal propiamente dicha; entendiendo por análisis “como la descomposición de un todo en sus partes, realizada como proceso mental”; e interpretación “como la declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro o dudoso,” (Guillermo Cabanellas Diccionario Enciclopédico de derecho usual, Editorial Heliasta, Tomos I y IV, Págs. 282 y 472).

Entonces tenemos que el Órgano Ejecutivo estableció el destino que se deben dar a los recargos pagados por los empleadores morosos, delegando la regulación expresa a la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ahora Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Siguiendo con la compulsión de los aspectos señalados por el recurrente, tenemos que (como se dijo anteriormente), Futuro de Bolivia S.A. AFP tildó el Decreto Supremo No. 27324 de ilegal e inconstitucional, yendo más allá de una simple jerarquía normativa establecida en la Constitución Política del Estado habiendo ingresado a otro campo jurídico del derecho, adentrándose en el terreno de una competencia privativa del órgano encargado del control de constitucionalidad.

Concluyendo el presente análisis, se tiene que el inc. a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones dispone que los recursos generados por los recargos establecidos a los empleadores morosos irán con destino a la AFP, empero no a favor ni beneficio de estos, consecuentemente el recurrente debe solicitar ante autoridad competente, una interpretación del alcance de la norma sobre el destino de dichos recursos, y si cree que dicha disposición ha sido emitida en contrario sensu a la Constitución Política del Estado, debe demandar su inconstitucionalidad de acuerdo al procedimiento establecido y ante el ahora Tribunal Plurinacional Constitucional.

## **2. SOBRE LA ILEGAL REGULACIÓN DEL DECRETO SUPREMO 27324.-**

### **2.1. La expresión de agravios como requisito fundamental para la interposición de recursos de alzada.-**

Con carácter previo a realizar el análisis de los puntos impugnados por el recurrente resulta necesario establecer la línea doctrinal y el sentido de los recursos de alzada dentro el ámbito del derecho administrativo en general.

En este contexto, tenemos que el procedimiento administrativo establece requisitos específicos para la admisibilidad de los recursos de alzada y/o impugnación sobre un acto administrativo en particular; sin que dichos requisitos formales vayan en contra de los requisitos esenciales que deben contener los recursos de alzada; requisitos que para su procedencia, son esencia y sentido dentro el derecho en general.

La expresión de agravios en un recurso de alzada es la base misma en que la doctrina otorga al recurrente la posibilidad de revocar un fallo contrario a sus intereses subjetivos; agravios que deben ser expresamente contextualizados ante autoridad ad quem, señalando la omisión o vulneración de determinados derechos y garantías generales, procedimentales o constitucionales que no fueron debidamente valoradas por autoridad que emitió pronunciamientos y es susceptible de un recurso ulterior.

En conclusión la expresión de agravios en la interposición de recursos de alzada no es un mero presupuesto legal, el cual puede ser obviado al momento de recurrir o impugnar un fallo, ya sea judicial, administrativo, constitucional, etc., o más aún, realizar una transcripción pura y simple de impugnaciones ya realizadas.

Realizando una revisión minuciosa de los antecedentes, especialmente del memorial del Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se establece con meridiana claridad que el recurrente, además de limitarse a indicar que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros ha reglamentado una disposición legal, ilegal e inconstitucional, en la parte segunda de su memorial (*Otrosí 1ro.*), realiza una copia textual de los puntos 1, 2 y 3 del recurso de revocatoria interpuesto, llegando a evidenciar que la entidad recurrente no señala ni expresa mayores agravios que motiven la interposición de su recurso; siendo que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ya emitió un pronunciamiento y motivó los agravios presentados por el recurrente en el recurso de revocatoria.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente esta instancia jerárquica emitirá pronunciamiento en derecho y compulsará los antecedentes expuestos en la segunda parte del Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP en resguardo a un eventual derecho a la defensa en favor de la entidad recurrente, debiendo Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en posteriores impugnaciones y/o recursos a interponer tomar en cuenta lo glosado, bajo penalidad de no admitir posteriores recursos que no cuenten con la expresión de agravios debidamente fundamentados.

## **2.2. Sobre los puntos 1, 2 y 3 del Otrosí primero del Recurso Jerárquico.-**

El recurrente fundamenta su pretensión sobre los artículos 4 y 11 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de 6 de abril de 2009, alegando en primer término que los precitados apartados legales son totalmente injustos puesto que se pretende cobrar un recargo por todos aquellos pensionados que ya gozan de una cobertura y de una pensión ya sea de invalidez o muerte; y en segundo término señala que tampoco es equitativo, ya que de acuerdo al artículo 11 el empleador moroso dentro los 30 días de notificado con el recargo establecido de acuerdo al inciso b), del artículo 33 de la Ley N° 1732, cancelare el monto total adeudado se libera del pago total del recargo; aspecto que no está comprendido en el inc. a) de la citada Ley de Pensiones.

El artículo 33 de la Ley No. 1732 de Pensiones se encuentra conformado por dos incisos que prevén situaciones diferentes, respecto al incumplimiento por parte del empleador al pago oportuno de las primas respectivas, estableciendo en su inciso a), un recargo hasta un máximo del 20% del capital necesario para el financiamiento de pensiones por invalidez o muerte en caso que el Afiliado hubiese sido declarado inválido o hubiese fallecido durante el período en que el empleador no pagó la prima respectiva, y en su inciso b) establece un recargo hasta un 100% del capital necesario **para el**

**financiamiento** de Pensiones por invalidez o muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado inválido o hubiese fallecido durante el período en que el empleador no pagó la prima respectiva, y no hubiera cumplido con los requisitos de cobertura determinados en el artículo 8 de la misma Ley de Pensiones.

La diferencia fundamental entre los dos incisos citados precedentemente es que, el primer recargo se aplica para aquellos Afiliados que no han perdido la cobertura por mora del empleador y aplica por lo tanto a Riesgo Común como Riesgo Profesional, en cambio el segundo recargo, es específico para aquellos casos (invalidez o muerte) por Riesgo Común, que no han podido acceder a una pensión por no cumplir con los requisitos de cobertura.

De acuerdo al análisis realizado, el inc. a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones dispone expresamente una penalidad que va en contra del empleador moroso por el **incumplimiento al pago oportuno** de las contribuciones de sus empleados.

Ahora bien, la aseveración que realiza la AFP en cuanto a la sustentación en los Procesos Ejecutivos Sociales, carece de sentido, ya que la Ley es de cumplimiento obligatorio y no sujeta a la voluntad de los ciudadanos, donde el Juez de la causa, que en este caso es el Juez de Trabajo y Seguridad Social, no requerirá que se fundamente el porqué del cobro o si este es equitativo, ya que el mismo emana de la Ley, por lo que no merece mayor análisis el argumento planteado por la AFP recurrente.

Con referencia a la observación sobre la equidad de la norma, en cuanto a la opción que otorga el Decreto Supremo No. 27324, cabe recalcar, que la posibilidad de liberarse del recargo es dada en normativa emitida por el órgano ejecutivo, que abre dicha opción a los recargos correspondientes al inciso b) del Art. 33 de la Ley de Pensiones. Por lo que, el recurrente, una vez más deja de considerar que la impugnación que plantea es a la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de 6 de abril de 2009, misma que no puede determinar liberaciones no contempladas en la normativa de mayor jerarquía. Como se señaló si el recurrente no estaba de acuerdo con el Decreto Supremo debió tomar las acciones que correspondían contra el mismo, no pudiendo esta instancia jerarquía resolver su impugnación contra el mismo, al carecer de competencia.

Respecto al segundo punto, el recurrente argumenta que el artículo 6 determina un plazo muy corto, observando que para el inciso a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones, el plazo es de tres días para la notificación al empleador con el recargo, en cambio, para el inciso b) se establece un plazo de 15 días, por lo que se deberían uniformar dichos plazos. Este argumento el recurrente lo sustenta debido a que a efectos de poder generar el recargo, se requiere de la documentación probatoria de la relación de dependencia laboral, requiriendo documentación fehaciente que servirá de sustento a la hora de plantear los Procesos Ejecutivos Sociales.

Al respecto la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, que reglamenta el procedimiento de trámites sin cobertura en riesgo común por mora del empleador (inciso b) del Art. 33 de la Ley de Pensiones) dispone en su artículo cuarto lo siguiente:

*“Una vez calculado el CNU (Capital Necesario Unitario, de acuerdo a lo determinado en el Capítulo Segundo siguiente, la AFP tiene un plazo de tres (3) días hábiles administrativos para notificar al empleador con la hoja de cálculo...”*

De acuerdo a la precitada disposición legal, esta dispone también un plazo de tres días hábiles administrativos para realizar la notificación al empleador con la hoja de cálculo del CNU; norma reglamentaria que guarda estrecha concordancia con lo dispuesto por el Decreto Supremo 27324. Aspecto que denota que el órgano de regulación ha adecuado congruentemente los plazos establecidos a anteriores disposiciones regulatorias, consecuentemente los plazos para realizar la notificación al empleador moroso guardan la debida concordancia de uno en relación al otro.

Siguiendo la compulsa sobre el argumento esgrimido por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se debe reiterar que los incisos a) y b) del artículo 33 de la Ley de Pensiones No 1732, establecen recargos diferentes, en situaciones distintas como ya se explicó. Por lo que, el recurrente, no puede argüir para justificar el “corto plazo” que regula el Órgano de Supervisión con la necesidad de contar con documentación probatoria de la relación de dependencia laboral, ya que olvida que para la aplicación del recargo correspondiente al inciso a), el Afiliado tiene que haber cumplido los requisitos de cobertura, es decir debe existir relación de dependencia laboral, caso contrario **no correspondería el recargo** que se estaría cobrando, ya que el Afiliado no accedería a la pensión de invalidez o sus Derechohabientes a la pensión por muerte y por lo tanto se sobreentiende que los trámites de la verificación documentaria ya fue realizada.

Respecto al tercer punto, el recurrente observa que el Convenio de Pago del recargo difiere del Convenio de Pagodeterminado en el Artículo 13 del Decreto Supremo N° 27324, estableciendo que dicho aspecto es injusto e incorrecto, observando a su vez que el citado Decreto Supremo dispone que se requiere una autorización escrita por el Afiliado o Derechohabientes para realizar el Convenio de Pago; así como dispone un pago inicial del 40% y la resolución recurrida reglamenta pagos parciales y que a la mitad del tiempo pactado debería estar pagado el 50% del monto total del recargo descrito en el inc. a) de la tantas veces citada Ley de Pensiones, por lo que, el Órgano de Regulación debería uniformar procedimientos. Finalmente señala que al empleador se le cobrará el 120% de recargo en aplicación a la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 244 de 6 de abril de 2009.

Una vez más, se debe reiterar que no es posible confundir los dos incisos determinados en el Artículo 33 de la Ley de Pensiones y que la Resolución Administrativa SPVS/IP N°

244 de 6 de abril de 2009 reglamenta el recargo correspondiente al inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones.

Siguiendo esta línea cabe aclarar una vez más, que en el caso sobre los recargos comprendidos en el inc. a), el Afiliado o Derechohabientes ya se encuentran recibiendo la pensión consecuentemente el beneficio no es afectado no siendo necesaria una autorización de éstos, en sentido contrario a lo determinado en el inciso b).

Ahora bien, respecto al pago del 50% a la mitad del tiempo pactado, la AFP recurrente no debe dejar de tomar en cuenta, el destino de los Recargos, toda vez que para el caso del inciso a) del Art. 33 de la Ley de Pensiones, el destino son las Cuentas Colectivas, en cambio el destino del Recargo cobrado por el inciso b) es el financiamiento de la pensión, por lo tanto la primera cuota debe garantizar el pago de las pensiones devengadas y doce meses adicionales (Pensión Contingente), situación que como notará la AFP recurrente no procede en el recargo del inciso a).

Para culminar el análisis, con relación a lo señalado en el Inciso b) del punto tercero del Recurso planteado se debe aclarar que los recargos establecidos en el inc. a) y en el inc. b) del artículo 33 de la Ley de Pensiones no son susceptibles a ser sumados ni uno es interdependiente de otro, ambos son diferentes y se generan por causas diferentes del uno sobre el otro, ya que los Afiliados comprendidos en el inciso a) han cumplido los requisitos de cobertura para Riesgo Común y Riesgo Profesional. En cambio los comprendidos en el inc. b) no han cumplido los requisitos de cobertura para Riesgo Común consecuentemente no pueden acceder al beneficio si el empleador no paga el capital necesario, por lo que resulta incongruente la aseveración del cobro de hasta el 120% referido por la AFP recurrente.

En conclusión, el recurrente confunde los alcances de los dos incisos del artículo 33 de la Ley de Pensiones y sus disposiciones conexas, expresando apreciaciones totalmente subjetivas que denotan confusión de normas, que si bien es cierto disponen la aplicación de recargos a los empleadores morosos, la naturaleza de los mismos y la forma de aplicarlos, calcularlos y reglamentarlos son distintas y merecen un análisis para cada caso.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá **CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**



El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa AP/DPC No. 70.2009 de 14 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 244 de 06 de abril de 2009, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros respectivamente.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 324/2009 DE 12 DE OCTUBRE DE 2009 Y ASFI N° 365/2009 DE  
27 DE OCTUBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 DE 19 DE ENERO DE 2010**

**FALLO**

**ANULA**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010**

La Paz, 19 de enero de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**, la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, que declaró y ratificó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 004/2010 de 18 de enero de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 18 de noviembre de 2009, el **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**, legalmente representada en este procedimiento por SERGIO ANICETO ARMANDO PASCUAL AVILA y WALTER GONZALO ABASTOFLORES SAUMA, conforme al Testimonio de Poder N° 289/2008 de fecha 9 de mayo de 2008 otorgado por ante Notaria de Fe Pública de Primera Clase N° 051 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de Katherine Ramírez Calderón, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, que declaró y ratificó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, emitidas por el Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-59315/2009 de 20 de noviembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió en fecha 23 del mismo mes, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, recurso que fue admitido a través del Auto de Admisión de 26 de noviembre de 2009.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/100/2009 DE 14 DE AGOSTO DE 2009**

Mediante Resolución Administrativa ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009, el Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

*“1. Sancionar al **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**, con la sanción administrativa de amonestación, por inobservancia o incumplimiento a lo dispuesto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera por la falta de reemplazo o reposición de capital del monto del prepago realizado el 30 de diciembre de 2008, correspondiente al crédito subordinado suscrito con la Nacional Financiera Boliviana SAM (actual Banco de Desarrollo Productivo – BDP SAM).*

*2. Proceder al reemplazo de capital por el prepago efectuado de \$us. 6.750.000 del crédito subordinado PROFOP en el plazo de 60 días y cumpliendo con lo previsto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de*

Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera.

3. En cumplimiento con el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Nacional de Bolivia S.A., debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas con las determinaciones adoptadas."

#### **1.1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/145/2009 DE 28 DE AGOSTO DE 2009**

Mediante Resolución ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009 y ante la solicitud de complementación solicitada por la Entidad Recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*"Efectuar la complementación solicitada por el BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., de la Resolución ASFI/N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, de acuerdo a lo siguiente:*

1. *La Dirección de Normas y Principios de la ASFI manifestó que de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, el reemplazo de amortizaciones o cancelaciones anticipadas de obligaciones subordinadas debería efectuarse al momento en que se producen las mismas. Aspecto contenido en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, en el numeral 2, Artículo 2, Sección 3, que establece que los accionistas deben comprometerse a realizar nuevos aportes de capital, reinvertir utilidades o contratar otra deuda subordinada en la medida en que el préstamo subordinado contraído sea amortizado o cancelado, asimismo el Artículo 7, Sección 2, de la citada norma, dispone que en cada caso de amortización el monto cancelado debe ser reemplazado obligatoriamente por nuevos aportes de capital, por la reinversión de utilidades, por otra deuda subordinada o por una combinación de las tres, disposiciones legales que establecen el momento en el cual se debe realizar el reemplazo o reposición de capital.*
2. *La Resolución ASFI/N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, consideró que la Junta de Accionistas de 12 de febrero de 2009, determinó la constitución de reservas voluntarias por un monto de Bs. 41,429,242.24 y de reservas legales por un monto de Bs8,646,327.75, sin que en dicha Junta se especifique que las reservas voluntarias fueron constituidas como reposición del capital prepagado el 30 de diciembre de 2008, en consecuencia no ha existido la voluntad expresa de la Junta de Accionistas para tal finalidad, aclarándose*

que la reserva legal se constituye en una obligación específica de acuerdo con el Artículo 26 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras”.

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 02 de octubre de 2009, el BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009, mismo que no se transcribe por estar contenido de manera *in extensa* en el Recurso Jerárquico.

### **2.1. MEMORIAL PRESENTADO EN FECHA 09 DE OCTUBRE DE 2009 POR EL BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**

Mediante memorial de 8 de octubre, presentado el 09 de octubre a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el Banco Nacional de Bolivia S.A. solicita se tenga presente el plazo en razón de la distancia, argumentando su pretensión conforme lo siguiente:

*“...Señor Director, en fecha 2 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI/100/09 de 14 de agosto de 2009, y contra la Resolución Complementaria ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009.*

*A efectos del artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175, y en tiempo hábil para emitir el correspondiente pronunciamiento dentro del Recurso de Revocatoria, solicitamos a Ud. se sirva tener presente lo siguiente:*

*Banco Nacional de Bolivia S.A. tiene su domicilio en la ciudad de Sucre conforme se evidencia en sus Estatutos, Matrícula de Registro de Comercio, Número de Identificación Tributaria (NIT), y demás documentos societarios, por lo que corresponde la aplicación del artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175, que textualmente señala lo siguiente:*

***‘(Plazo por Distancia). Las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por interesados que tengan su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, a partir del día de cumplimiento del plazo’ (las negrillas son nuestras).***

*De lo anteriormente señalado, se evidencia que el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI/100/09 de 14 de agosto de 2009, y contra la*



*Resolución Complementaria ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009, se interpuso dentro del término que otorga la normativa legal, considerando que el cómputo del plazo se inicia a partir del día siguiente administrativo en que se procedió a la notificación con la Resolución ASFI/145/2009.*

*En virtud a lo dispuesto por los artículos 48 y 43 del Decreto Supremo N° 27175, y en consideración de que el domicilio del Banco Nacional de Bolivia S.A. se encuentra en la ciudad de Sucre, plaza distinta a aquel en que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) tiene su domicilio, se procedió a presentar el Recurso de Revocatoria en fecha 2 de octubre de 2009, fecha esta que se encuentra comprendida dentro de los alcances de los referidos artículos, y por tanto corresponde a su autoridad pronunciarse sobre el fondo del Recurso de Revocatoria, ello en virtud de haberse interpuesto el mismo dentro del plazo hábil establecido por la normativa legal, la cual solicitamos se tenga presente (...)"*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 324/2009 DE 12 DE OCTUBRE DE 2009**

Mediante Resolución ASFI/N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A., contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2008, basándose en los siguientes fundamentos:

#### **“CONSIDERANDO**

*Que, mediante memorial de fecha 21 de agosto de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. solicitó, en tiempo hábil y oportuno, complementación de la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009.*

*Que mediante Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, se resuelve efectuar la complementación solicitada por el Banco Nacional de Bolivia S.A. (...)*

#### **CONSIDERANDO**

*Que, en atención a los antecedentes señalados, es necesario considerar que de acuerdo al Artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Recurso de Revocatoria debe ser interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la Resolución impugnada.*

*Que, en el caso que nos ocupa, el Banco Nacional de Bolivia S.A. fue notificado con la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, en fecha 18 de agosto del año en curso, y en fecha 21 de agosto de 2009, al solicitar la complementación y enmienda interrumpió el plazo para interponer el recurso de revocatoria.*

Que, el Banco Nacional de Bolivia S.A. fue notificado con la Resolución complementaria ASFI No. 145/09 de 28 de agosto de 2009, en fecha 04 de septiembre del año en curso, y presenta Recurso de Revocatoria, el 02 de octubre de 2009.

Que de acuerdo a lo establecido en la doctrina sobre el cómputo de los términos, Gordillo en su Libro "Tratado de Derecho Administrativo - El Procedimiento Administrativo", señala que los términos administrativos se deben contar a partir del primer día hábil siguiente a la notificación del acto. Analizando las fechas de la notificación y de la interposición del Recurso de Revocatoria, se evidencia que transcurrieron veinte (20) días hábiles administrativos entre la notificación con la Resolución impugnada y la presentación del Recurso de Revocatoria.

### **CONSIDERANDO**

Que mediante memorial presentado en fecha 09 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. fundamenta su retraso en el artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, plazo por distancia, ya que el domicilio del Banco Nacional de Bolivia S.A. se encuentra en la ciudad de Sucre, plaza distinta al de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero por lo que se procedió a presentar el Recurso de Revocatoria en plazo hábil de acuerdo a lo establecido por la normativa legal.

Que, si bien el artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que las actuaciones administrativas que deben ser realizadas por interesados que tengan su domicilio en provincias a departamentos distintos al domicilio del Órgano Regulador que emitió el acto tendrán un plazo adicional de cinco días hábiles administrativos, a partir del día del cumplimiento del plazo, no se debe dejar de considerar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estableció una Dirección Regional en la ciudad de Sucre.

Que la fecha consignada en el memorial, pone de manifiesto que la entidad emitió el documento en fecha 01 de octubre de 2009, por lo que no corresponde considerar el plazo adicional consignado en el artículo 34 antes citado.

Que, por las razones expuestas el plazo por distancia no se aplica al presente caso, más aún cuando el Banco Nacional de Bolivia S.A. podría haber cumplido el plazo establecido en el Artículo 48 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 presentando el memorial de Recurso de Revocatoria - en el que además consigna el lugar y fecha La Paz 01 de octubre de 2009 - en la oficinas de la Dirección Regional de la ciudad de Sucre, habilitadas para tal efecto.

## **CONSIDERANDO**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R 45876/2009 de 12 de octubre de 2009, ha concluido señalando que el Recurso de Revocatoria fue interpuesto fuera del plazo establecido en la normativa vigente por lo tanto recomienda declarar improcedente el recurso presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. en cumplimiento a lo establecido en el artículo 43 inciso d) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003' (...)"

### **3.1. MEMORIAL DEL BANCO NACIONAL DE BOLIVIA PRESENTADO EL 20 DE OCTUBRE DE 2009**

Mediante Memorial de fecha 20 de octubre, presentado el mismo día a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el Banco Nacional de Bolivia S.A. solicitó aclaración y complementación de la Resolución ASFI/Nº 324/2009 de 12 de octubre de 2009, en mérito a las siguientes consideraciones:

*"...Señor Director, en fecha 15 de octubre de 2009, se notificó al Banco Nacional de Bolivia S.A. con (la) Resolución ASFI/Nº 324/2009 de 12 de octubre de 2009 por la que se declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. en contra de la Resolución ASFI Nº 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y la Resolución ASFI No.145/2009 de 28 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en virtud de la cual, conforme a la facultad que otorga el artículo 36 del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003 que reglamenta la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, y que otorga expresa facultad para solicitar aclaración y complementación de los actos administrativos que presenten contradicción y/o ambigüedades así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la Resolución, aplicable al presente caso en virtud a la Disposición Segunda del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, dentro del término de Ley, solicitamos a su autoridad se proceda a la Aclaración y correspondiente Complementación de la Resolución ASFI/ Nº 324/2009 de fecha 12 de octubre de 2009 sobre las ambigüedades, contradicciones y complementaciones que se exponen a continuación:*

*El Banco Nacional de Bolivia S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009, y contra la Resolución Complementaria ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009 en fecha 02 de octubre de 2009, considerando el plazo señalado en el artículo 48 del Decreto Supremo 21175 y el plazo adicional señalado en el artículo 34 del mismo cuerpo legal, lo cual fue hecho notar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de memorial presentado en fecha 9 de octubre de 2009, y esto por encontrarse el domicilio del Banco Nacional de Bolivia S.A. en la ciudad de Sucre, conforme se acredita de la documentación adjunta a dicho*

memorial y de documentación que consta en archivos de esa entidad.

A través de resolución ASFI/Nº 324/2009 de 12 de octubre de 2009 la Autoridad del Sistema de Supervisión Financiera considera:

- Que si bien de acuerdo al artículo 34 del Decreto Supremo Nº 27175, las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por interesados que tengan su domicilio en provincias o departamentos distintas al domicilio del Órgano Regulador, no se debe dejar de considerar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estableció una Dirección Regional en la ciudad de Sucre.
- Que en el memorial fue emitido en fecha 1 de octubre de 2009, por lo que no corresponde considerar el plazo adicional.
- Que el Banco Nacional de Bolivia S.A. podría haber cumplido el plazo establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo No.27175, presentando el mismo en las oficinas de la Dirección Regional de la ciudad de Sucre, habilitadas para tal efecto.

En virtud a las referidas afirmaciones surgen los siguientes aspectos que debieron ser considerados a tiempo de pronunciar la Resolución ASFI/ Nº 324/2009 de 12 de octubre de 2009.

- Si bien es de conocimiento de Banco Nacional de Bolivia S.A. que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero apertura en el mes de marzo del presente año oficinas de una Dirección Regional en la ciudad de Sucre, donde mantiene su domicilio el Banco Nacional de Bolivia S.A., al presente no se conoce que atribuciones y facultades tiene dicha oficina, más que aquella establecida en el artículo 5 del Reglamento para el Control de Correspondencia incorporado a la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título X Capítulo VI, Sección 2, por la que se establecen sus atribuciones **para recepcionar correspondencia que no contenga información periódica o esté sujeta a plazo específico.**
- Adicionalmente, corresponde considerar que el Reglamento para el Control de Correspondencia incorporado a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título X Capítulo VI, no reconoce a la Dirección Regional de Sucre, limitándose a reconocer a las oficinas regionales de Santa Cruz y Cochabamba, aspecto adicionalmente no considerado en la Resolución ASFI/Nº 324/2009 de 12 de octubre de 2009, demostrándose con ello que la referida Dirección Nacional de la ASFI en la ciudad de Sucre no cuenta siquiera con atribución para recepcionar correspondencia y menos aún para recepcionar documentación sujeta a plazo específico.
- Conforme a documentación con membrete de la Autoridad del Supervisión

del Sistema Financiero, se tiene conocimiento de la existencia de las Direcciones Regionales de las ciudades de Santa Cruz, Cochabamba, Sucre y El Alto, sin embargo no existe ninguna regulación normativa en la cual se señale sus atribuciones y facultades, así como tampoco se nos comunicó e hizo conocer las atribuciones que mantienen las mismas, siendo que en la práctica las mismas cumplen una función de recepción de correspondencia y de reclamos a través del SARC, a lo cual no se equipara el memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 2 de octubre de 2009, que corresponde a un Recurso de Revocatoria sujeto a plazo, y por tanto un documento que no se encuentran facultadas a recepcionar las Direcciones Regionales de la ASFI en aplicación al artículo 5 del Reglamento para el Control de Correspondencia incorporado a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título X Capítulo VI, Sección 2 que expresamente señala:

- 'Con excepción de la correspondencia que contenga información periódica o esté sujeta a plazo específico, las entidades supervisadas podrán enviar correspondencia a la Oficina Regional Santa Cruz, Oficina Regional Cochabamba o, en su defecto, enviarlas por correo a las oficinas principales de la SBEF'.
- De acuerdo y en cumplimiento a lo establecido por el artículo 155 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el artículo 5 del Decreto Supremo N°22203 de 26 de mayo de 1989, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene su sede y por tanto su domicilio es la sede de gobierno y por tanto en la ciudad de La Paz razón por la que en aplicación del artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175, que señala que "Las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por interesados **que tengan su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos**, a partir del día de cumplimiento del plazo", correspondía a su autoridad considerar el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. en virtud a que el domicilio del mismo se encuentra en la ciudad de Sucre y el de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la ciudad de La Paz; domicilio(sic) los mismos que no pueden ser confundidos con las oficinas regionales, toda vez que el domicilio es único.
- El Recurso de Revocatoria establecido en la normativa legal, debe ser presentado ante la autoridad que pronunció el acto administrativo cuestionado, y no ante otra que ejerza las funciones de Director Regional; y tiene por misión el que la autoridad administrativa, en base a las observaciones del administrado, busque la verdad material, lo cual se encuentra establecido como un 'Principio', en virtud de lo cual se establece en el Procedimiento Administrativo el "Principio de Informalismo" en virtud del

cual corresponde a la Autoridad Administrativa, la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, y ello en virtud al espíritu que persigue el proceso administrativo, que no es otro que alcanzar la "verdad material" de los hechos que motivaron el acto impugnado, que en el caso concreto tiene aplicación por la facultad expresamente otorgada en el artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175.

- Por otro lado, corresponde considerar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, como Autoridad Administrativa, se encuentra sujeta a la discrecionalidad normativa, en virtud de la cual en aplicación del artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175, corresponde a su autoridad aplicar la norma desde el alcance de lo expresamente normado y no así en base a supuestos ajenos a la normativa legal, que pueden llegar a generar una discrecionalidad abierta que no se encuentra permitida en el Procedimiento Administrativo.

Es por lo expuesto, que en la vía de aclaración y complementación, solicitamos a su autoridad tenga a bien en aclarar y complementar la Resolución ASFI/N°324/2009 de 12 de octubre de 2009 señalando el sustento legal de los argumentos utilizados para rechazar la aplicación del artículo 34 del Decreto Supremo No.27175, indicando si el Reglamento para el Control de Correspondencia incorporado a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título X Capítulo VI, Sección 2 u otro por el cual se hubieren establecido las Direcciones Regionales de la ASFI, tienen aplicación preferente al referido artículo 34 del Decreto Supremo No.27175, así como también se aclare y haga conocer las normas legales que tienen las atribuciones de las referidas Direcciones Regionales de la ASFI, y sea todo de acuerdo a las formalidades que son de rigor' (...)"

### **3.2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 365/2009 DE 27 DE OCTUBRE DE 2009**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Financiero complementa la Resolución ASFI 324/2009 de 12 de octubre de 2009, resolviendo:

“1. Complementar la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, con los argumentos señalados en la parte considerativa cuarta de la presente Resolución.

2. Mantener inalterable la parte Resolutiva de la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, que **DECLARA IMPROCEDENTE**, el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A en contra de la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y la Resolución complementaria ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, ambas emitidas

*por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero”*

Todo ello basándose en los siguientes fundamentos de orden legal:

**“CONSIDERANDO:**

*Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. en contra de la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, al haber sido interpuesto fuera del plazo establecido en la normativa vigente.*

*Que, por memorial presentado en fecha 20 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. representado por los señores Edgar Antonio Valda Careaga y Walter Gonzalo AbastoflorSauma, solicitan aclaración y complementación de la Resolución ASFI N° 324/2009, con los siguientes puntos:*

- *Cuál es el sustento legal de los argumentos utilizados para rechazar la aplicación del artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175.*
- *Indicar si el Reglamento para el Control de Correspondencia incorporado en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título X, Capítulo VI, Sección 2 tiene aplicación preferente al Artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175.*
- *Se aclare y se haga conocer las atribuciones de las Direcciones Regionales de la ASFI*

**CONSIDERANDO:**

*Que, el artículo 36° del Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, aplicable a los procedimientos del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), dispone que los administrados que intervengan en el procedimiento, podrán solicitar, dentro de los tres 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, debiendo ser resuelta por la autoridad administrativa ejecutiva dentro de los cinco días siguientes a su presentación.*

*Que, la solicitud de complementación y enmienda del Banco Nacional de Bolivia S.A., ha sido presentada en el plazo previsto por la norma, al haberse notificado el acto administrativo en cuestión, en fecha 15 de octubre de 2009.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, por disposición del artículo 153° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), es el Órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, teniendo como objetivos mantener un sistema financiero sano y eficiente y velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.*

*Que, el parágrafo IV del artículo 1° de la Ley N° 3076 de Modificaciones a las Leyes N° 2427 del Bonosol, N° 2341 Procedimiento Administrativo y N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, de 20 de junio de 2005, señala que el Órgano de Supervisión tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros.*

*Que, el artículo 46° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, dispone que los administrados que intervienen en un procedimiento fijaran domicilio en su primera actuación, dentro del radio urbano asiento de la sede del respectivo órgano o entidad administrativa.*

*Que, el artículo 33° numeral III de la Ley de Procedimiento Administrativo, dispone que la notificación será practicada en el lugar donde los administrados hayan señalado domicilio, a este efecto, el mismo deberá estar dentro de la jurisdicción municipal de la sede de funciones de la entidad pública. Caso contrario, la misma será practicada en la Secretaria General de la entidad pública.*

*Que el artículo 34° del Reglamento a Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por interesados que tengan su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrá un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos a partir del día de cumplimiento de plazo.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, en relación a la solicitud de sustentar los argumentos utilizados para rechazar la aplicación del artículo 34° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Decreto*



Supremo N° 27175, corresponde señalar que el Banco Nacional de Bolivia S.A., mediante memoriales de fecha 21 de agosto y 1 de octubre de 2009 donde solicitan complementación y enmienda de la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y presentan Recurso de Revocatoria contra la citada Resolución ASFI N° 100/2009 y la Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, ha fijado como domicilio la calle Colón esquina Avenida Camacho N° 1296 de la ciudad de La Paz, asimismo, los memoriales señalan como lugar de elaboración esta ciudad, en el marco de lo establecido en el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo N° 27113 de 23 de junio de 2003, en ese entendido, no corresponde la aplicación del plazo de distancia establecido en el artículo 34° del Decreto Supremo N° 27175, al fijar el Banco domicilio en la misma sede departamental de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en atención a los antecedentes señalados, se puede verificar que el Banco Nacional de Bolivia S.A ha presentado su Recurso de Revocatoria fuera del plazo establecido en el Artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, conforme la documentación existente en los archivos de la ASFI, dentro de los cuales se encuentra la Certificación de 15 de octubre de 1985 emitida por el Banco Central de Bolivia a través de la Sub Gerencia de Fiscalización, el Banco Nacional de Bolivia S.A. mantiene su Oficina Principal en la ciudad de La Paz, con varias Sucursales, dentro de las cuales se encuentra la de la ciudad de Sucre. Adicionalmente en las Memorias Anuales elaboradas por la Entidad, señalan que su Oficina Nacional se encuentra ubicada en la Av. Camacho N° 1296 esquina calle Colón de la ciudad de La Paz.

Que, en atención a lo mencionado precedentemente, los trámites solicitados por el Banco a la ASFI, son realizados a través de sus Gerentes Nacionales que ejercen sus funciones en la Oficina Nacional ubicada en la ciudad de La Paz, por lo que señalan en sus actuados como domicilio dicha sede y por ende la correspondencia efectuada por la ASFI es dirigida a dicha dirección.

Que, adicionalmente corresponde aclarar que en caso de que el Banco hubiera fijado como domicilio en el presente proceso sancionatorio la ciudad de Sucre, situación que no sucedió, podría evitar la alegación del plazo adicional al establecido en el artículo 34 Decreto Supremo N° 27175, al tener la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero una Oficina Regional en dicha sede, aperturada mediante Resolución Administrativa SB/166/2008 de 13 de noviembre de 2008 y publicada en el Diario Correo del Sur en fecha 15 de marzo de 2009 con motivo de su inauguración.

Que, el criterio señalado precedentemente ha sido establecido por la Superintendencia General del SIREFI, mediante Resolución Jerárquica RJ

28/2005 de 2 de agosto de 2005, donde señala en términos generales que el plazo por distancia no se aplica, cuando las Superintendencias Sectoriales actualmente denominadas Autoridades de Supervisión, hubieran establecido Sedes Regionales'.(...)"

#### **4. RECURSO JERARQUICO**

Mediante memorial presentado el 18 de noviembre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, que declaró y ratificó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, bajo los siguientes argumentos:

##### **"I ANTECEDENTES**

- El Banco Nacional de Bolivia S.A. (BNB S.A.) y Nacional Financiera Boliviana SAM (NAFIBO SAM), actual Banco de Desarrollo Productivo SAM (BDP SAM), celebraron un contrato de crédito de capitalización Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización dentro del Programa de Fortalecimiento Patrimonial (PROFOP), conforme consta en la Escritura Pública N° 3406/2001 de 27 de diciembre de 2001, otorgada por ante Notaria de Fe Pública N°007 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna.
- La cláusula novena del mencionado Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización (PROFOP) establecía expresamente lo siguiente:

*'Los pagos anticipados para el crédito motivo del presente contrato, se regirán de acuerdo a lo establecido para los créditos subordinados en el artículo 4° del Título IX Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras'.*
- El artículo 4° del Título IX Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF); vigente a tiempo de la suscripción del referido contrato, establecía que:

*'El plazo de contratación de las obligaciones subordinadas no será menor de cinco años y no será admisible su pago anticipado'.*
- Posteriormente, el referido Título IX, Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras fue modificado en diversas oportunidades, manteniéndose en todas ellas la prohibición de efectuar pagos anticipados, salvo en la última modificación efectuada a través de la

Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008, actualmente en vigencia, que en su artículo 7° de la Sección 2 dispone lo siguiente:

**'Forma de Pago.-** Las obligaciones subordinadas admiten pago al vencimiento, amortizaciones periódicas o en cuotas y prepagos, opciones que deben figurar en el contrato ( ...)'.

- Asimismo, la Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008, establece en su artículo 1° de la Sección lo siguiente:

*'Las obligaciones subordinadas instrumentadas mediante contrato de préstamo contratadas antes del día 16 de enero de 2008, continuarán regulándose hasta su vencimiento conforme a las términos y condiciones pactadas en el marco de la normativa vigente al momento de la celebración del contrato, salvo acuerdo entre partes para adecuar su contrato al presente Reglamento'.*
- En virtud a dicha modificación en la normativa, el Banco Nacional de Bolivia S.A., solicitó al BDP SAM la adecuación del Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización de fecha 27 de diciembre de 2001, específicamente la cláusula novena del mismo, **respecto a los pagos anticipados**, a la referida Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008 en actual vigencia. El BDP SAM al manifestar su conformidad a la propuesta del BNB S.A., dio lugar a que nuestra institución solicite a la SBEF la "no objeción" correspondiente, para luego proceder a la instrumentación de las modificaciones al contrato del Crédito Subordinado de Capitalización de fecha 27 de diciembre de 2001; remitiéndose ante requerimiento de la SBEF, copia protocolizada de Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. de fecha 9 de diciembre de 2008 en la que consta la aprobación a la adecuación del referido contrato de Crédito Subordinado de Capitalización a la nueva normativa emanada por la SBEF, en lo referente a pagos anticipados así como borrador del addendum modificatorio.
- En virtud a la referida documentación la SBEF a través de nota SB/ISR I/D-64981/2008 de fecha 23 de diciembre de 2008 comunica al Banco Nacional de Bolivia S.A. lo siguiente: '(...) no existiendo observaciones a la propuesta de modificación a realizarse, agradeceré remitir el contrato suscrito que incluya los aspectos autorizados por la Junta de Accionistas'.
- En base a lo anterior, y dando cumplimiento a lo dispuesto en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 9 de diciembre de 2008, el Banco Nacional de Bolivia S.A. celebró y suscribió con el BDP SAM una adenda modificatoria al Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización, a través de la cual se modifica la cláusula novena del mismo referente a los pagos anticipados conforme consta en la Escritura Pública N° 5807/2008 de 26 de diciembre de 2008 por ante Notaria de Fe Publica No.

007 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna, cuya copia fue remitida y puesta conocimiento de la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

- El Banco Nacional de Bolivia S.A. en virtud a la modificación de la cláusula Novena del Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización - PROFOP y en consideración a que el mismo tiene fuerza de ley entre las partes conforme a lo dispuesto por el artículo 519 del Código Civil, en fecha 30 de diciembre de 2009, procedió a efectuar el pago del saldo total del Crédito Subordinado de Capitalización - PROFOP al BDP SAM., lo cual fue comunicado a la SBEF el primer día hábil siguiente.
- A través de nota ASFI/DSR I/R-12817/2009 de fecha 25 de junio de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), con una notificación de cargos, comunica al Banco Nacional de Bolivia S.A. el incumplimiento con lo dispuesto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, por no haber procedido a reemplazar el capital por el monto del prepago efectuado del préstamo subordinado suscrito con NAFIBO SAM actual BDP SAM (Crédito Subordinado de Capitalización - PROFOP), otorgándose un plazo de siete días hábiles para presentar los correspondientes descargos o una explicación debidamente documentada.
- El Banco Nacional de Bolivia S.A. en atención a la nota ASFI/DSR I/R-12817/2009 de fecha 25 de junio de 2009, presentó una explicación documentada a través de nota Cite. SGG-128/2009 de 31 de julio de 2009.
- En base a los referidos antecedentes, la ASFI pronuncia la Resolución ASFI/100/2009 de fecha 14 de agosto de 2009, misma con la que se notifica al Gerente General del Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 18 de agosto de 2009, en la que luego de una serie de consideraciones resuelve:
  1. 'Sancionar al BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., con la sanción administrativa de amonestación, por inobservancia o incumplimiento a lo dispuesto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera por la falta de reemplazo o reposición de capital del monto del prepago realizado el 30 de diciembre de 2008, correspondiente al crédito subordinado suscrito con la Nacional Financiera Boliviana SAM (actual Banco de Desarrollo Productivo - BDP SAM).
  2. Proceder al reemplazo de capital por el prepago efectuado de \$us 6,750,000 del crédito subordinado PROFOP en el plazo de 60 días y cumpliendo con lo previsto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como

parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera.

3. En cumplimiento con el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Nacional de Bolivia S.A., debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas con las determinaciones adoptadas'.
- Ante una solicitud de complementación interpuesta por el Banco Nacional de Bolivia S.A., la ASFI pronuncia la Resolución ASFI/145/2009, por la que en su parte resolutive complementa parcialmente la Resolución ASFI/100/2009 de acuerdo a lo siguiente:
    1. '... el reemplazo de amortizaciones o cancelaciones anticipadas de obligaciones subordinadas o cancelaciones anticipadas, debería efectuarse al momento en que se producen las mismas ... "
    2. La Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009, consideró que la Junta de Accionistas de 12 de febrero de 2009, determinó la constitución de reservas voluntarias ... , sin que en dicha Junta se especifiquen que las reservas voluntarias fueron constituidas como reposición del capital prepagado el 30 de diciembre de 2008 ... "
  - En fecha 02 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 100/2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009. En fecha 09 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A solicitó a la ASFI considere el plazo en razón de la distancia dispuesto en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175 que textualmente señala lo siguiente:

**'(Plazo por Distancia).** Las actuaciones administrativas que deben ser realizadas por interesados que tengan su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, a partir del día de cumplimiento del plazo'. (las negrillas son nuestras).

La petición anteriormente señalada, se la hizo en razón a que el Banco Nacional de Bolivia S.A. tiene señalado como domicilio en su estatuto, la ciudad de Sucre - Bolivia, es decir plaza a(sic) distinta al de la ASFI, por lo que el Recurso de Revocatoria se presentó en tiempo hábil.

- Mediante Resolución ASFI N°324/2009 de 12 de octubre de 2009, la ASFI declara improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. bajo el argumento de que si bien el artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece un plazo adicional para los casos en los que los interesados tengan su domicilio

en provincias o departamentos distintos al del domicilio del Órgano Regulador que emitió el acto, no debe dejarse de considerar que la ASFI estableció una Dirección Regional en la ciudad de Sucre, Dirección esta, en la que el Banco Nacional de Bolivia S.A. podía haber presentado su memorial de recurso de revocatoria en la que consigna el lugar y fecha La Paz 1 ° de octubre de 2009.

- En fecha 20 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. presenta solicitud de complementación y enmienda a la Resolución ASFI N°324/2009 de 12 de octubre de 2009 señalando las atribuciones de la Dirección Regional de la ASFI en la ciudad de Sucre no se encuentran en disposición legal alguna y que más bien conforme al Título X, Capítulo VI, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, los interesados solamente pueden presentar ante las oficinas regionales de la ASFI, correspondencia con excepción de aquella que contenga información periódica o esté sujeta a plazo específico, caso éste último que incluye a los recursos de revocatoria que se encuentran sujetos a plazo.
- La ASFI mediante Resolución ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, notificado al Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 04 de noviembre de 2009, complementa la parte considerativa de la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y mantiene inalterable la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009.

## **II. RECURSO JERARQUICO.**

Señor Director Ejecutivo, habiendo sido notificado el Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 04 de noviembre de 2009 con la Resolución ASFI 365/2009 de 27 de octubre de 2009 y en octubre de 2009 con la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en virtud y conforme a los artículos 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 25 de septiembre de 2003, presentamos en nombre y representación del Banco Nacional de Bolivia S.A. Recurso Jerárquico contra las referidas resoluciones, ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), por ser perjudicial a los derechos e intereses de la entidad que representamos conforme se manifiesta a continuación:

## **III. FUNDAMENTOS.**

La Resolución ASFI 324/2009 de 12 de octubre de 2009 complementada por Resolución ASFI 365/2009 de 27 de octubre de 2009, sin entrar a considerar el fondo del Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. en contra de la Resolución ASFI N° 100/2009 y su Resolución Complementaria ASFI/145/2009, declara improcedente el referido recurso con los fundamentos que se mencionan y refutan a continuación:

1. Señala la Resolución: "Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-45876/2009 de 12 de octubre de 2009, ha concluido señalando que el Recurso de Revocatoria fue interpuesto fuera del plazo establecido en la normativa vigente ...".

Respecto al Informe Legal ASFI/DAJ/R-45876/2009 de 12 de octubre de 2009 en el que se sustenta la Resolución ASFI N° 324/2005, cabe hacer notar que dicho informe no considera que el domicilio de las personas jurídicas sea el lugar fijado en el acto constitutivo y a falta de este el lugar de su administración.

Consiguientemente, siendo el Banco Nacional de Bolivia S.A. una persona jurídica que **en su estatuto tiene fijado como domicilio la ciudad de Sucre**, lo cual es un hecho concreto e irrefutable, corresponde la aplicación del plazo por distancia previsto en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que otorga dicho plazo adicional a las entidades financieras que tengan **DOMICILIO** (no oficina principal o nacional o lugar donde se encuentren los representantes legales) en una sede provincial o departamental distinta al de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (ahora ASFI), correspondiendo en todo caso, admitir el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. y pronunciarse sobre el fondo del mismo.

2. Señala la Resolución: 'Que, si bien el artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que las actuaciones administrativas que deben ser realizadas por interesados que tengan su domicilio en provincia o departamentos distintas al domicilio del órgano Regulador que emitió el acto tendrán un plazo adicional de cinco días hábiles administrativos, a partir del día de su cumplimiento del plazo, no se debe dejar de considerar que la ASFI estableció una Dirección Regional en la ciudad de Sucre.'

'Que, por las razones expuestas el plazo por distancia no se aplica al presente caso, más aún cuando el Banco Nacional de Bolivia S.A. podría haber cumplido el plazo establecido en el Artículo 48 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, presentando el memorial de recurso de revocatoria – en el que además consigna el lugar La Paz 01 de octubre de 2009 - en la oficinas de la Dirección Regional de la ciudad de Sucre, habilitadas para tal efecto'.

La Oficina Regional de la ASFI en la ciudad de Sucre no se encuentra expresamente facultada para recibir recursos de revocatoria o jerárquicos ya que la misma se limita a recibir correspondencia y a atender reclamos de los clientes del sistema financiero. Además encontrándose vigente la Resolución SB N° 040/2008 de 14 de marzo de

2008 - Reglamento para el Control de la Correspondencia, el Artículo 5 de la Sección 2 del mismo, establece que en cuanto a las oficinas regionales, las entidades supervisadas podrán enviar correspondencia a las mismas con excepción de aquella que contenga información periódica o esté sujeta a plazo específico, caso este último, en los que estarían comprendidos los recursos de revocatoria y jerárquicos.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al expresar el criterio de que las oficinas regionales de la misma cuentan con facultades para recepcionar todo tipo de solicitudes, incluso Recursos Administrativos, al contar con facultades reglamentarias, debería hacer uso de esas sus facultades a los fines de modificar la Resolución SB N° 040/2008 de 14 de marzo de 2008, que aprueba el Reglamento para el Control de Correspondencia.

El Reglamento para el Control de la Correspondencia que invocamos no ha sido modificado por lo que se encuentra plenamente vigente y es el que sustenta nuestra convicción para no haber presentado el Recurso de Revocatoria en la Dirección Regional de Sucre.

En cuanto al argumento de que el memorial de Recurso de Revocatoria consigna como lugar la ciudad de La Paz, 01 de octubre de 2009, ello no implica modificación del domicilio que es un atributo de la personalidad. El domicilio legal persiste y surte todos sus efectos en tanto no sea modificado en el estatuto de la sociedad e inscrito en el Registro de Comercio, siendo ese un requisito indispensable que se debe encontrar expresamente establecido en los documentos constitutivos de la sociedad conforme a lo previsto por el artículo 127 del Código de Comercio.

3. Señala la Resolución: '(...), corresponde señalar que el Banco Nacional de Bolivia S.A., mediante memoriales de fecha 21 de agosto y 1° de octubre de 2009 donde solicitan complementación y enmienda de la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y presentan Recurso de Revocatoria contra la citada Resolución ASFI N° 100/2009 y la Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, ha fijado como domicilio la calle Colón esquina Avenida Camacho N° 1296 de la ciudad de La Paz, asimismo, los memoriales señalan como lugar de elaboración esta ciudad, en el marco de lo establecido en el artículo 46 del reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, en ese entendido, no corresponde la aplicación del plazo de distancia establecido en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175, al fijar el banco domicilio en la misma sede departamental de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero'.



En nuestro país, las sociedades comerciales tienen esencial y necesariamente un domicilio social, debido a que su establecimiento en los estatutos es obligatorio. Este establecimiento del domicilio que constituye un requisito, corresponde al grado mayor de organización de las mencionadas sociedades y no es lo mismo que la oficina o dirección de la sociedad, sino que se refiere solamente a la ciudad o localidad en la que la sociedad se encuentre domiciliada.

En cuanto que el Banco Nacional de Bolivia S.A. ha señalado domicilio en la Av. Camacho esquina Calle Colon N° 1296 de la ciudad de La Paz, cabe hacer notar que el mencionado señalamiento se efectúa en el memorial de Aclaración y Complementación de la Resolución ASFI 100/2009 la cual emerge de un "Procedimiento Sancionador" cuya Etapa de Terminación culmina con la emisión de la resolución que imponga o desestime la sanción administrativa conforme lo dispone el artículo 84 de la Ley de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, es decir que el señalamiento de domicilio al que hace referencia la ASFI solo surte sus efectos hasta la Resolución Sancionatoria e inclusive hasta la emisión de la resolución que resuelve la Complementación y Enmienda, ya que con ello culmina el Procedimiento Sancionatorio y en caso de que la misma atente a los intereses o derechos de la entidad supervisada y esta impugne la misma, se inicia los procedimientos recursivos que según el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo son: el Recurso de Revocatoria y el Recurso Jerárquico.

4. Señala la Resolución: 'Que, conforme la documentación existente en los archivos de la ASFI, dentro de los cuales se encuentra la certificación de 15 de octubre de 1985, emitida por el Banco Central de Bolivia a través de la Subgerencia de Fiscalización, el Banco Nacional de Bolivia S.A. mantiene su Oficina Principal en la ciudad de La Paz, con varias Sucursales, dentro de las cuales se encuentra la de la ciudad de Sucre. Adicionalmente en las Memorias Anuales elaboradas por la Entidad, señalan que su Oficina Nacional se encuentra ubicada en la Av. Camacho N° 1296 esquina calle Colón de la ciudad de La Paz'.

La ASFI hace referencia a la certificación de 15 de octubre de 1985, emitida por el Banco Central de Bolivia a través de la Subgerencia de Fiscalización, para sustentar su decisión para no considerar el Recurso de Revocatoria, sin considerar que dicha certificación no se refiere al domicilio del Banco Nacional de Bolivia S.A. sino a la oficina Principal término éste que no se halla previsto en la Ley de Bancos y Entidades Financieras en vigencia, en el Código de Comercio ni demás normativa conexas.

Asimismo, en cuanto a que las Memorias Anuales elaboradas por el Banco Nacional de Bolivia S.A. señalan que su Oficina Nacional se encuentra ubicada en la Av. Camacho N° 1296 esq. Calle Colón de la ciudad de La Paz, es importante hacer notar que la Oficina Nacional es aquella en la que se consolidan todas sus operaciones y es distinta al domicilio que es relevante para fijar la competencia judicial y administrativa.

El connotado autor español Rodrigo Uría en su obra titulada Derecho Mercantil, Undécima Edición, Imprenta Aguirre, pagina 19, respecto al domicilio de las personas jurídicas establece que "(...)el domicilio social habrá de ser único, aunque la sociedad tenga varias sucursales en distintos lugares".

5. Señala la Resolución "Que en atención a lo mencionado precedentemente, los trámites solicitados por el Banco a la ASFI, son realizados a través de sus Gerentes Nacionales que ejercen sus funciones en la Oficina Nacional ubicada en la ciudad de La Paz por lo que señalan en sus actuados como domicilio dicha sede y por ende la correspondencia efectuada por la ASFI es dirigida a dicha dirección".

Como se ha ido reiterando en el presente memorial, el domicilio de la persona jurídica en nuestro Derecho es el señalado en el acto constitutivo – que en las sociedades anónimas se establece en el estatuto – aplicándose a falta del mismo el lugar de su administración, situación ésta última que no ocurre con el Banco Nacional de Bolivia S.A. que tiene señalado su domicilio en la ciudad de Sucre como se evidencia en su estatuto que se encuentra debidamente inscrito en el Registro de Comercio a cargo de Fundempresa, por lo que cualquier otra consideración es infructuosa ante el señalamiento expreso del domicilio del Banco y más aún el argumento de la ASFI respecto a que los trámites son realizados a través de sus Gerentes Nacionales que ejercen sus funciones en la oficina Nacional ubicadas en la ciudad de La Paz.

#### **IV.PETITORIO:**

Señor Director Ejecutivo, en virtud a los argumentos anteriormente expuestos y en consideración a que la Resolución ASFI N° 324/2009 y su Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 son erróneas e inconsistentes y no cumplen con los fines previstos en el ordenamiento jurídico incumpliendo así lo dispuesto en los incisos, b), e) y f) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, corresponde a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía REVOCAR las referidas resoluciones y pronunciándose sobre el fondo del Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución

ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009 y Resolución ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009 que complementa la anterior, declare procedente el Recurso de Revocatoria y en cumplimiento del Artículo 43 literal b) del referido Decreto Supremo N° 27175 de 13 de septiembre de 2003, y deje sin efecto la amonestación impuesta contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. así como la correspondiente conminatoria de reposición de capital y sea todo conforme a ley'.(...)"

## **5. ALEGATOS PRESENTADOS POR BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**

Por memorial de 6 de diciembre de 2009, entregado al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el 7 del mismo mes, el Banco Nacional de Bolivia S.A. presentó alegatos en los siguientes términos:

*"Habiendo sido notificados con el auto de admisión del Recurso Jerárquico presentado por nuestra institución en contra de la Resolución ASFI N° 324/2009 y su Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 pronunciado por su Autoridad, presentamos los siguientes alegatos:*

*La ASFI negó pronunciarse sobre el fondo del recurso de revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. en contra de la injusta Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009 que sanciona al BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A. con amonestación por la inobservancia o incumplimiento a lo dispuesto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera por el supuesto incumplimiento del reemplazo o reposición del capital del monto prepago de \$us. 6,750,000 al crédito subordinado de capitalización otorgado por la Nacional Financiera Boliviana SAM (actual Banco de Desarrollo Productivo- BDP SAM), como fiduciario de los fondos del Programa de Fortalecimiento Patrimonial (PROFOP), y emplaza al banco a efectuar dicho reemplazo de capital en el plazo de 60 días conforme a lo previsto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, que fue complementada por la Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009 argumentando que si bien el artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece un plazo adicional para los casos en los que los interesados tengan su domicilio en provincias o departamentos distintos al del domicilio del Órgano Regulador que emitió el acto, no debe dejarse de considerar que la ASFI estableció una Dirección Regional en la ciudad de Sucre, Dirección esta, en la que el Banco Nacional de Bolivia S.A. podía haber presentado su memorial de recurso de revocatoria, es decir que la cuestión o controversia que originó el presente procedimiento administrativo surge por un lado, por la declaratoria de improcedencia al recurso de revocatoria que hemos presentado en contra de la Resolución ASFI N° 100/2009 complementada por la Resolución ASFI N° 145/2009 sin haberse pronunciado en*

el fondo porque según la ASFI el recurso de revocatoria se presentó fuera del plazo señalado en el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, sin considerar injusta y arbitrariamente la aplicación del artículo 34 del referido Decreto Supremo N° 27175; y por otro lado, la injusta aplicación de la sanción de amonestación por el supuesto incumplimiento del reemplazo o reposición de capital del monto prepagado del crédito subordinado de capitalización otorgado dentro del PROFOP.

Al respecto, señor Viceministro, a continuación exponemos las razones por las que su autoridad debe **REVOCAR** las resoluciones anteriormente referidas sin entrar en mayores consideraciones:

El artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175 que se encuentra en plena vigencia al presente establece textualmente lo siguiente:

**"(Plazo por Distancia).** Las actuaciones administrativas que deben ser realizadas por interesados que tengan **SU DOMICILIO** en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, a partir del día de cumplimiento del plazo" (las mayúsculas y negrillas son nuestras).

Nótese que la redacción del artículo anteriormente transcrito es claro no presenta obscuridad ni contradicciones en su texto ni tampoco establece salvedades o excepciones a la situación que regula, por lo tanto, comprobado que sea el domicilio de los interesados en un lugar distinto al de la ASFI debe reconocérseles los cinco días hábiles administrativos que el legislador concede a dichos interesados para realizar sus actuaciones administrativas.

El hecho de que el Banco Nacional de Bolivia S.A. tiene su domicilio en la ciudad de Sucre-Estado Plurinacional de Bolivia, es un hecho real, inobjetable que se halla establecido en el Estatuto de la Sociedad ya que es evidente que el domicilio de una sociedad no es otro que el señalado en la escritura constitutiva o estatuto de la misma.

El Banco Nacional de Bolivia S.A. es una sociedad anónima constituida y regida también por el Código de Comercio, el cual en el artículo 127 - 3) del mismo, incluye al domicilio dentro del contenido mínimo del instrumento de constitución de las sociedades comerciales, es decir que si no se establece el domicilio estatutario de la persona jurídica (sociedad), se incumple la referida norma y ello motiva la observación y negativa de la inscripción por parte del Registro de Comercio con la consecuencia de la no adquisición por parte de la sociedad de la personalidad jurídica prevista en el artículo 133 del Código de Comercio, es decir que para que una sociedad adquiera la calidad de sujeto de derecho es obligatorio e indispensable el establecimiento o determinación del domicilio.

Al indicar el Código de Comercio la forma en la que las sociedades deben

determinar sus domicilios, no puede bajo ningún argumento o circunstancia negarse que en nuestra legislación el domicilio de las sociedades anónimas no es otro que el determinado o establecido en el Estatuto. Este requisito de indicación del domicilio en el estatuto, corresponde al grado mayor de organización de las sociedades mercantiles en comparación de las personas colectivas previstas en el Código Civil, este domicilio no es similar al de las oficinas o al de la dirección de la sociedad, como concibe la ASFI, sino que se refiere solamente a la ciudad o localidad en la que la sociedad se encuentre domiciliada.

El prestigioso autor español Rodrigo Uría en su obra intitulada *Derecho Mercantil*, Undécima Edición, Pág. 191 señala en cuanto al domicilio de las sociedades anónimas lo siguiente:

*'El domicilio social. La sociedad se constituye con un domicilio único que habrá de radicar en territorio español (art. 5). Pero los socios fundadores no tienen libertad para señalar a su arbitrio el lugar de domicilio; con el fin de evitar en lo posible la corruptela de los domicilios ficticios, habrán de optar entre ' el lugar en que se halle establecida la representación legal de la sociedad o aquel en donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto' (art. 5). El primero de esos lugares será aquel donde funcionen o actúen los órganos jurídicos de la sociedad (Consejo de Administración y Junta General); el segundo aquel donde se despliega de hecho la actividad económica constitutiva de la empresa social. La representación de la sociedad se lleva de ordinario en el mismo lugar en que se desarrolla la actividad económica, pero puede no darse esa coincidencia. En cualquier caso, el domicilio social habrá de ser único, aunque la sociedad tenga varias sucursales en distintos lugares.'*

*El Banco Nacional de Bolivia S.A. tiene su domicilio estatutario en la ciudad de Sucre, lugar en donde se desarrolla su actividad económica y realizan sus Juntas Generales de Accionistas.*

*El artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175, cuando señala '...una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto...' se refiere al domicilio de las Superintendencias, ahora Autoridades de Supervisión, entre ellas la ASFI, que según el artículo 5 del Decreto Supremo N° 22203, no es otro, que la ciudad de La Paz. A continuación se transcribe el referido artículo.*

**'ARTICULO 5.-** *La Superintendencia tendrá su sede en la ciudad de La Paz, pudiendo establecer oficinas en las capitales de departamentos o cualquier lugar de la República que estime necesario.'*

*Consiguientemente, el argumento de la ASFI respecto a que el Banco Nacional de Bolivia S.A. podía presentar el Recurso de Revocatoria en la Dirección*

*Regional de Sucre, el cual fue utilizado (para) declarar improcedente el recurso de revocatoria, no obsta la aplicación del artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175 porque el mismo no prevé excepciones o salvedades' a la regla que impone el mismo, además que como ya se señaló en el recurso de revocatoria y jerárquico, la Oficina Regional de la ASFI en la ciudad de Sucre no se encuentra expresamente facultada para recibir recursos de revocatoria o jerárquicos, porque Sucre no es la sede de la ASFI y porque en la determinación de competencia de una autoridad judicial o extrajudicial, solo se considera el domicilio y no así la dirección de sucursales, oficinas u otros.*

*Asimismo, corresponde a la autoridad administrativa aplicar y fundar su decisión y los actos administrativos en normas aplicables al sector de bancos y entidades financieras y no así de otros sectores como ocurre en las resoluciones impugnadas, Resolución ASFI N° 324/2009 complementada por Resolución ASFI N° 365/2009, incurriéndose por ello en nulidad del mismo conforme a lo previsto en el inciso b) del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

*Consiguientemente, por lo anteriormente expuesto, pedimos a su Autoridad que en base a la constatación del domicilio estatutario del Banco Nacional de Bolivia S.A., que es la ciudad de Sucre, lo cual constituye un hecho real y concreto, que coincide o cumple de manera inequívoca con la condición o supuesto de la regla establecida en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175, reconocer conforme a ley y derecho a favor del Banco Nacional de Bolivia S.A., el plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, para la realización de sus actuaciones administrativas, y como efecto de ello disponer la **REVOCACION** de la Resolución ASFI N° 324/2009 y su Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 por ser erróneas e inconsistentes y no cumplir con los fines previstos en el ordenamiento jurídico incumpliendo así lo dispuesto en los incisos b), e) y f) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo e inciso b) del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo"*

## **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencias Sectoriales, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

## **1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

### **1.1. Procedencia del Recurso Jerárquico**

Una primera cuestión que está obligada a observar la Administración Pública es lo establecido por el artículo 52 del Decreto Supremo N° 27175 que en concordancia con el artículo 66-I) de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que: *“Contra la resolución, expresa o tácita, que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente no satisfaga su pretensión o derechos, éste podrá interponer el recurso jerárquico, el mismo que se resolverá de puro derecho”*

La norma transcrita contiene dos supuestos: i) El Recurso Jerárquico procede únicamente contra las Resoluciones que resuelven el Recurso de Revocatoria, y ii) El Recurso Jerárquico se resuelve de puro derecho.

Aplicando la norma anotada precedentemente, al caso concreto, se tiene que no le está permitido a la Autoridad Administrativa, en instancia jerárquica, conocer la impugnación invocada por el recurrente contra la Resolución Sancionatoria ASFI N° 100/2009 y su Resolución Complementaria ASFI/145/2009; lo que deja percibir de manera anticipada que, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se circunscribirá al análisis de lo resuelto en la Resolución ASFI N° 324/2009 y la Resolución complementaria ASFI N° 365/2009 o dicho de otro modo, evaluará los hechos en la justificación y razonabilidad del tiempo transcurrido para contrastarlos con el derecho.

En este sentido la Resolución Ministerial Jerárquica ahorrará mayores consideraciones sobre el fondo para referirse a las cuestiones que dieron lugar a que el Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelva declarar la improcedencia del Recurso de Revocatoria, por lo que el planteo introducido por el recurrente en lo tocante al tema de fondo no será considerado.

### **1.2. Requisitos de procedibilidad del Recurso de Revocatoria**

El Recurso de Revocatoria, como acto de impugnación en sede administrativa, requiere del cumplimiento de ciertos requisitos que se establecen desde dos esferas normativas: a) Requisitos formales (presentación por escrito ante autoridad competente en razón de materia en forma fundamentada, con especificación de la resolución impugnada, acreditado personería, señalado domicilio y dentro de la **oportunidad de interposición** –Artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175-); b) Requisitos de orden material o sustancial traducido en el perjuicio actual o razonablemente potencial que limite, desconozca o menoscabe derechos subjetivos o intereses legítimos (artículos 37 y 47 del Decreto Supremo N° 27175).

### **1.3. Presentación del Recurso de Revocatoria por Banco Nacional de Bolivia S.A.**

La apertura de la competencia del órgano de Supervisión de primera instancia, a efectos de revisión de los propios actos, pasa ineludiblemente por la constatación de

las exigencias, siendo la primera de ellas advertir si el recurso, inicialmente ha salvado los requisitos formales en cuanto al documento que consigna la pretensión del impugnante en los plazos establecidos.

En el caso concreto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Nacional de Bolivia debido a que, según el análisis efectuado, la Resolución Administrativa ASFI N° 100/2009 fue puesta en conocimiento de la entidad financiera el 18 de agosto de 2009, como consta a fs. 51 del expediente administrativo, por cuanto conforme a lo establecido por el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 contaba con quince (15) días hábiles administrativos para presentar el Recurso de Revocatoria, plazo que fue suspendido con la presentación del memorial de complementación de 21 de agosto de 2009 reiniciándose el cómputo del plazo con la notificación de la Resolución Administrativa Complementaria ASFI N° 145/2009 de 4 de septiembre de 2009.

A fs. 114 a 123 se evidencia que el Recurso de Revocatoria fechado el 1° y presentado el 2 de octubre de 2009, fue interpuesto 5 días después del vencimiento que acaeció el 25 de septiembre de 2009.

#### **1.4. Plazo de distancia**

Respecto a los argumentos presentados por el recurrente, corresponderá acudir a la doctrina, las normas que regulan el sector y las pruebas cursantes en el expediente a objeto de constatar si asiste o no al Banco Nacional de Bolivia S.A. el plazo de la distancia invocado en sus memoriales de 8 de octubre y de Recurso Jerárquico, así se tiene que alega:

“Siendo que el Banco Nacional de Bolivia S.A. es una persona jurídica que en su estatuto tiene fijado como domicilio la ciudad de Sucre,... corresponde la aplicación del plazo por distancia previsto en el D.S. 27175..., que otorga dicho plazo adicional a las entidades que tengan domicilio (no oficina principal o nacional o lugar donde se encuentre los representantes legales) en una sede provincial o departamental distinta al de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras...”

El Capítulo IV, Sección III del Decreto Supremo N° 27175, concordante con el Título Segundo Capítulo I de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, regula la obligatoriedad de plazos y términos, los plazos máximos para realizar actos procedimentales, el inicio del cómputo de los plazos, el transcurso del plazo, el término de la distancia, los plazos improrrogables, el régimen para las horas hábiles, el cómputo de días calendario, los efectos del vencimiento del plazo y la responsabilidad por incumplimiento de plazos.

En esta oportunidad se mencionarán sólo aquellas normas que resulten relevantes al tema:

Señala el Artículo 32 del Decreto Supremo 27175 que: “Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden **como máximos y son obligatorias** para los Superintendentes del SIREFI, así como **para los sujetos regulados** y personas



interesadas. Se contarán en días hábiles administrativos, entendiéndose por tales todos los días de la semana con excepción de los sábados, domingos y feriados determinados por Ley”

Por su parte el Artículo 33 determina: “I. Los plazos comenzarán a correr a partir del día siguiente hábil administrativo siguiente al de la notificación con las resoluciones, o del día de la celebración del acto administrativo. El cómputo de los plazos fenecerá la última hora hábil del día del vencimiento del plazo, de acuerdo al horario de trabajo de las Superintendencias del SIREFI.

**II. Los plazos se vencerán por el simple transcurso del tiempo fijado para los mismos, sin necesidad de declaración alguna.”**

Finalmente el Artículo 34 establece: “Las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por **interesados que tengan su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, a partir del día de cumplimiento de plazo**” (las negrillas y subrayado son resaltadas para la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Desagregando esta última norma puede establecerse que el plazo de la distancia se aplica en el siguiente caso:

- Cuando el interesado tenga su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto. Por esta razón se ingresa a considerar la institución del domicilio, sus características y alcances por la importancia de los efectos que de ello se derivan:

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio: El domicilio comercial es la “sede donde desarrolla su actividad principal un comerciante o una sociedad comercial, tiene carácter de domicilio legal, El domicilio de las sociedades comerciales es el lugar donde está situada su dirección o administración, o el señalado expresamente en los Estatutos. **Las compañías con varias sucursales tienen su domicilio especial en cada uno de sus establecimientos, sólo para los efectos de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad**”

Coincidente con el concepto anterior, en nuestro derecho positivo, la norma que regula el domicilio de las personas colectivas se encuentra en el Título II, Capítulo I, artículo 55 del Código Civil que determina lo siguiente:

**“Art. 55.- (DOMICILIO)**

- I. El domicilio de las personas colectivas es el lugar fijado **en el acto constitutivo**, y a falta de éste, el lugar de su administración.
- II. **Cuando establezcan** agencias o **sucursales** en lugar distinto al de su administración, **se tendrá también como domicilio dicho lugar para los actos que realice** y las obligaciones que contraiga **la** agencia o **sucursal**” (las negrillas resaltadas corresponden a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la norma transcrita y los hechos alegados se infiere lo siguiente:

1. El Testimonio 465/2004 de 14 de abril de 2004, cursante a fs. 126-140) en la parte pertinente a la transcripción de los Estatutos de la sociedad determina: “*Artículo 1 (DENOMINACIÓN Y DOMICILIO).- El Banco Nacional de Bolivia S.A. es una sociedad anónima, jurídicamente existente en virtud a la Ley de 17 de agosto de 1871 y el Decreto Supremo de 1º de septiembre de 1871 (...).*

***El domicilio de la sociedad es la ciudad de Sucre***, capital de la República de Bolivia, pudiendo establecer sucursales, agencias y representación en cualquier otro lugar de la República de Bolivia o en el extranjero. ***Igualmente la oficina Principal del Banco podrá funcionar en cualquiera de las sucursales establecidas en el país, por decisión del Directorio***”. (las negrillas y subrayado fueron resaltadas para la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo a fs. 124 y 125 cursan certificados de Inscripción al Padrón Nacional de Contribuyentes y Actualización de Matrícula de Comercio que evidencian que el domicilio de la entidad financiera se encuentra en la ciudad de Sucre- Calle España N° 90. Por lo que al estar el domicilio específicamente fijado en el acto constitutivo conforme reza el romano I) del artículo 55 del Código Civil no podría considerarse la ciudad de La Paz, sede de la administración, como domicilio de la entidad.

2. Conforme determina el romano II) del artículo 55 de la norma sustantiva citada precedentemente, cuando la sociedad establezca sucursales se tendrá también como domicilio dicho lugar **para los actos que realice y las obligaciones que contraiga dicha sucursal**. En el presente caso, los cargos imputados que dieron lugar a la emisión de la Resolución Sancionatoria se originan en el Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización entre la entidad recurrente y NAFIBO SAM, acto que a pesar de haber sido suscrito en esta plaza, sus efectos y consecuencias atañen a la Entidad como persona jurídica de derecho y no como sucursal de dicha persona jurídica, por tanto el hecho de haber fijado en los memoriales domicilio en la ciudad de La Paz responde a la obligación de señalamiento de domicilio especial dispuesto por los artículos 38 y 54 del Decreto Supremo N° 27175.
3. El hecho de que a fs. 100 a 113 del expediente administrativo, curse Testimonio de Poder especial, bastante y suficiente registrado en FUNDEMPRESA mediante el cual el Presidente y Secretario del Directorio confieren facultades expresas a **FREDDY GONZALO COLODRO LOPEZ, LUIS PATRICIO GARRET MENDIETA, SERGIO ANICETO ARMANDO PASCUAL y WALTER GONZALO ABASTOFLORES SAUMA** para que en representación del **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**, actuando en forma individual o conjunta lo representen legalmente y se apersonen ante cualquier clase de autoridades, entre las cuales se encuentra el Sistema de Regulación Financiera, de ninguna manera puede considerarse que se haya

prorrogado el domicilio de la ciudad de Sucre a la ciudad de La Paz, como erradamente lo interpretó la ASFI.

4. El argumento de que la ASFI cuenta con una Oficina Regional en Sucre no es válido, toda vez que dicha Dirección Regional se encuentra facultada **únicamente para recibir recursos de revocatoria o jerárquicos en tránsito hacia la oficina central.**
  
5. Finalmente la cita y aplicación de la Resolución Jerárquica RJ 28/2005, invocada por la ASFI, no es correcta debido a que el supuesto fáctico es diferente por cuanto está referido a otra Superintendencia, la EX SPVS, que el año 2005 ya contaba con una Intendencia en la ciudad de Santa Cruz facultada para la recepción de recursos, con el mismo valor de presentación que en la oficina central. Aún hoy la EX SPVS cuenta con norma expresa (Resolución Administrativa SPVS N° 355 de 15 de mayo de 2007) que establece el procedimiento de presentación de recursos y notificaciones a seguirse de manera uniforme para los mercados de Pensiones, Valores y Seguros, donde precisamente se encuentra la forma y validez de presentación en las Oficinas Regionales.

Por lo analizado y expuesto, tomando en cuenta que el domicilio legal de la entidad impugnante es diferente al municipio del lugar de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el caso corresponde la aplicación del plazo de la distancia consagrado por el artículo 34 del D.S. 27175, toda vez que el domicilio legal del Banco Nacional de Bolivia se encuentra en la ciudad de Sucre, según se desprende de los antecedentes documentados cursantes en el expediente correspondiente, por lo que le asiste el plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad al artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **ANULAR** la resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia,

#### **RESUELVE:**

**ÚNICO.- ANULAR** la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, que declaró y ratificó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la

Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero admitir el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. y resolver sobre el fondo del mismo.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



## **RECURRENTE**

BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

ASFI N° 325.2009 DE 13 DE OCTUBRE DE 2009

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2010 DE 19 DE ENERO DE 2010

## **FALLO**

REVOCA PARCIALMENTE



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2010**

La Paz, 19 de enero de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 325 de 13 de octubre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 005/2010 de 19 de enero de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 03 de noviembre de 2009, **EL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** representada legalmente por los señores Emilio Unzueta Zegarra y Juan Carlos Salaues Almaraz, tal como acredita el Testimonio Poder No. 557/2006 de 27 de octubre de 2006, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Verónica Molina Pascual, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFNo. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, mediante la cual se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI No 088/2009 de 11 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-54246/2009 con fecha de recepción de 6 de noviembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 09 de noviembre de 2009, notificado en fecha 13 de noviembre de 2009.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCION ADMINISTRATIVA ASFI No. 088/2009 DE 11 DE AGOSTO DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve lo siguiente:

#### ***“RESUELVE:***

- 1. Sancionar al señor *EMILIO UNZUETA ZEGARRA*, en su condición de Presidente del Directorio del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, con multa personal equivalente a una dieta.**
- 2. Sancionar al señor *JUAN CARLOS SALAUES ALMARAZ*, en su condición de Director del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, con multa personal equivalente a cuatro dietas.**
- 3. Disponer la restitución de los intereses cobrados en demasía al Señor Fernando Asbún Gamra por un valor de \$us29.735.78 a valor presente, en el plazo de 30 días hábiles a partir de la notificación con la presente Resolución.**



4. Las multas impuestas deberán ser depositadas en la Cuenta N° 4010695761 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en el plazo máximo de 10 días computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro los siguientes 5 días hábiles, las papeletas de depósito de las multas impuestas.
5. En cumplimiento con el Art. 110° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Junta General Ordinaria de Accionistas del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto.”

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 15 de septiembre de 2009, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009, con los siguientes argumentos:

*“Con la facultad conferida por los artículos 36 y 46 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y en el plazo que al efecto fija el artículo 48 del indicado Decreto Supremo y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia; impugnamos mediante Recurso de Revocatoria la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009, en lo relativo al Cargo 3 de la Operación 2, referido a la capitalización de intereses adeudados y al Cargo 4 de la Operación 3, 6 y 8, en la relativo a la inobservancia del Título I, literal I, numeral 1 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, solicitando a Ud., Sr. Director, que conforme a lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175, se sirva dictar Resolución revocándola parcialmente y en merito a ello, se dejen sin efecto los criterios y cargos antes referidos.*

*El Recurso de Revocatoria que se interpone se funda en las consideraciones de orden legal que pasamos a exponer:*

### **Cargo 3 de la Operación 2, referido a la capitalización de intereses adeudados.-**

*En el análisis del descargo de la Operación 2 del Cargo 3, la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 que se impugna parcialmente, se señala la inobservancia del artículo 800 del Código de Comercio, lo cual resulta no ser evidente precisamente a la luz del citado artículo, tal como lo demostramos a continuación:*

- La capitalización de intereses que describe el artículo 800 del Código de Comercio no ha sido concebida por el legislador como una situación de hecho, sino más bien como necesariamente emergente de un pacto, el que en el lenguaje jurídico (Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas) es: "Acuerdo obligatorio de voluntades", "Lo así convenido", "Cualquiera de las cláusulas o condiciones de un concierto voluntario, entre particulares o entre Estados."

En el caso particular de la operación bancaria que contiene la escritura pública 365/98 de 21 de julio de 1998, otorgada ante Notario de Fe Pública Néstor Salinas Vásquez, no existe pacto de capitalización de intereses y menos aún existe la posibilidad que de su lectura se pudiera colegir atisbo o elemento alguno que racional, gramatical o presuntamente permita siquiera sugerir que las partes del contrato hubieren consentido o acordado alguna forma de capitalización de intereses o anatocismo.

El contrato contenido en la escritura pública 365/98 es un simple préstamo de dinero y en ninguna parte del mismo se hace referencia a que intereses vencidos de alguna operación bancaria previa se hubieran reunido a una suma principal para formar un nuevo capital, que a su vez produzca intereses. Tampoco en la escritura pública existe elemento alguno que pudiera demostrar que entre las partes del contrato hubieren convenido la capitalización de intereses devengados y aun no pagados, soslayándose las circunstancias de los numerales 1) y 2) que describe la regla del artículo 800 del Código de Comercio.

Con lo señalado anteriormente, queda claro que la Resolución Administrativa que se impugna incurre en un exceso al señalar que la operativa bancaria incurrió en inobservancia del artículo 800 del Código de Comercio, porque nunca fue intención común de las partes que suscribieron el indicado contrato celebrar un pacto de capitalización de intereses o ni siquiera encubrir un acto de esta naturaleza.

- Siendo incuestionable que por expreso mandato legal el anatocismo **sólo** emerge de un pacto o contrato, para una adecuada y correcta interpretación del contrato contenido en la escritura pública 365/98 y de la operativa aplicada por el Banco, es ineludible acudir a la regla del artículo 510-II) del Código Civil, que claramente enseña que: **"En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato."**

En el caso que motiva el cargo, la ASFI necesariamente debe interpretar la conducta de las partes tomando en cuenta la regla del citado párrafo II del

artículo 510, es decir apreciar el comportamiento total de los contratantes y la operativa aplicada por el Banco.

Si se sigue la regla del referido artículo 510-II, en la operación en análisis se descarta la inobservancia del artículo 800 del Código de Comercio, debido a que:

a) Nunca fue intención común de las partes celebrar un contrato por el cual se capitalicen intereses devengados y aún no pagados (directa o indirectamente), lo que queda perfectamente reflejado de los términos y contenido del respectivo contrato.

b) Es un hecho comprobado por la propia Autoridad de Supervisión Financiera (porque así lo reconoce en la Resolución que se impugna) que el Sr. Fernando Asbún tenía en sus cuentas bancarias la suficiente provisión de fondos para atender el pago de los intereses devengados de aquellas operaciones bancarias reprogramadas con el préstamo de la escritura pública 365/98, lo que demuestra y patentiza objetivamente que para materializar la operación de préstamo no se requería capitalizar ningún interés.

De los datos proporcionados a la ASFI por el Banco se tiene que a tiempo de efectuarse el desembolso del préstamo de dinero por la suma de \$us. 6.500.000, Fernando Asbún Gamrri, en su cuenta corriente N° 0200352568 tenía un saldo de \$us. 375.959,29, suma de dinero que alcanzaba perfectamente para pagar los intereses por la suma de \$us. 65.011 de las operaciones reprogramadas.

c) Un hecho destacable en el comportamiento de las partes y de las circunstancias del contrato, que demuestra concluyentemente que no fue intención de las partes capitalizar intereses, directa o indirectamente, por no contar el deudor con recursos suficientes para pagar los intereses devengados y no pagados, es aquel referente a que después de efectuados los débitos necesarios para reprogramar las operaciones de préstamo que el señor Fernando Asbún Gamrri mantenía con el Banco Mercantil S.A., en la cuenta corriente en la que se abonó el desembolso de \$us. 6.500.000.-, quedó un saldo de \$us. 634.323,23 de libre disponibilidad para Fernando Asbún Gamrri.

Tomándose en cuenta que situaciones de facto u operativas inapropiadas, que no provienen de un acuerdo de partes, no pueden configurar la existencia de anatocismo, porque este - tal como ya lo tenemos manifestado - solo puede emerger de un PACTO, resulta un exceso que la ASFI califique la operativa del

*préstamo como efectuada en inobservancia del artículo 800 del Código de Comercio, debido a que las circunstancias materiales y objetivas del contrato y la operativa bancaria, demuestran claramente su inexistencia, ya que nunca fue intención de las partes capitalizar intereses, por no ser necesario para reprogramar las obligaciones del deudor.*

Es un hecho incontrastable que Fernando Asbún no requería prestarse suma alguna de dinero para pagar intereses devengados y no pagados, por el simple hecho que en su cuenta bancaria disponía de fondos más que suficientes para dicho efecto, lo que evidencia que nunca pudo ser intención de Fernando Asbún ni del propio Banco celebrar un contrato o realizar una operativa bancaria en inobservancia del artículo 800 del Código de Comercio.

No se puede relativizar ni menos eludir el hecho de que Fernando Asbún mantenía los suficientes recursos en su cuenta bancaria como para pagar los intereses devengados y aún no pagados de las operaciones reprogramadas, más bien este es un hecho sustancial, puesto que la ASFI, en una adecuada labor fiscalizadora, debe apreciar el comportamiento del citado deudor, que por un acto de voluntad propia mantenía saldos suficientes en su cuenta, lo que implica que aún para él era innecesario capitalizar intereses para poder reprogramar sus operaciones.

En consecuencia, con los fundamentos legales anteriormente expuestos y de los datos materiales y objetivos que fluyen del propio contrato de préstamo, de la existencia de fondos en la cuenta bancaria del deudor, de la operativa bancaria y fundamentalmente del comportamiento de las partes contratantes y de las circunstancias que rodean a la operación de préstamo de la escritura pública 365/98, se desvirtúa el cargo relativo a la inobservancia del artículo 800 del Código de Comercio, por lo que Ud., Sr. Director, se servirá revocar la Resolución en aquella parte.

#### **Cargo 4 de la Operación 3, 6 y 8.-**

Como podrá establecer Ud., Sr. Director, después de revisar la explicación que a continuación detallamos, el Banco no incumple el Manual de Cuentas al utilizar la cuenta "**242.99 ACREEDORES VARIOS**", ya que dicha cuenta es utilizada temporalmente como cuenta puente para traspasar el préstamo de la cuenta 131.00 cartera Vigente a la cuenta 135.00 Cartera Reprogramada Vigente, sin afectar el "principio de objetividad", que debe regir en todo sistema de contabilidad.

Para una mayor comprensión de la temática y para demostrar de manera práctica que nuestro Banco no incumple el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, hacemos uso del siguiente ejemplo:

- Crédito con saldo a reprogramar de Bs 1.000.-

**a) Mayores contables antes de la operación de reprogramación:**

	131. Cartera Normal		135. Cartera Reprogramada		242.99. Acreedores Varios	
	(Debe)	(Haber)	(Debe)	(Haber)	(Debe)	(Haber)
Saldo anterior	1000					

**b) Asiento Contable para la reprogramación**

Cuenta	Debe	Haber
135.00	1000.- (1)	
242.99		1000.- (2)
Total	1000.-	1000.-

Es este asiento se registra la operación en la cuenta 135.00 "Cartera Reprogramada o Reestructurada Vigente".

**c) Asiento contable para la cancelación del crédito a reprogramar**

Cuenta	Debe	Haber
131.00		1000.- (3)
242.99	1000.- (4)	
Total	1000.-	1000.-

En este asiento se registra el retiro de la operación de la cuenta 131.00 "Cartera Vigente"

**d) Mayores contables posteriores a la programación**

131. Cartera Normal		135. Cartera Reprogramada		242.99. Acreedores Varios	
(Debe)	(Haber)	(Debe)	(Haber)	(Debe)	(Haber)
1000	1000	1000		1000	1000
	(3)		(4)		(2)

Como se podrá observar después de realizada la reprogramación del crédito la cuenta "**242.99 Acreedores Varios**" queda con **saldo cero** y la deuda del cliente se traspasa de la cuenta contable **131.00 Cartera Vigente** a la **135.00 Cartera Reprogramada Vigente**, tal como establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. En consecuencia el principio de **Objetividad** no ha sido vulnerado, ya que los registros contables del Banco exponen objetivamente **la realidad económica de la transacción**.

Este esquema contable que incluye el uso de la cuenta "242.99 ACREEDORES VARIOS", es una práctica utilizada en el Banco desde la implementación del sistema FISA, el mismo que fue objeto de revisión desde esa fecha hasta la actualidad por el Organismo Fiscalizador, auditores externos, Calificadoras de Riesgo (Moody's y Standard & Poors), organismos financiadores y nuestros auditores internos, no habiendo sido objeto de observación en ningún caso, ya que nuestros estados financieros, se preparan de acuerdo con normas contables emitidas por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), que son coincidentes en todos los aspectos significativos con los Principios de contabilidad Generalmente Aceptados en Bolivia.

De acuerdo con las Normas de Contabilidad Vigentes, los principios de contabilidad generalmente aceptados (PCGA) se refieren y utilizan para la preparación de los estados financieros en su conjunto y no necesariamente se debe ver su aplicabilidad respecto a una transacción u operación particular. En este sentido la aplicabilidad de uno de estos principios (en este caso el de objetividad), no puede hacerse en forma independiente, sin considerar el efecto o impacto de otros principios de contabilidad generalmente aceptados, pues, al igual que el de la objetividad existen otros principios que también tienen absoluta representatividad y aplicación como ser la Materialidad, Exposición, Realización, Prudencia y otros.

Las operaciones observadas en la Resolución que se impugna son registros contables "temporales" o "transitorios", asimilables a cuentas o partidas en tránsito y responden al diseño contable del sistema para registrar este tipo de transacciones, por lo que su exposición como pasivo en determinado momento solo es una etapa del sistema contable utilizado.

Al margen de lo ya señalado, debe tenerse en cuenta que el origen y destino final de estas transacciones corresponden a cuentas contables que están de acuerdo con el Manual de Cuentas Vigentes para Entidades Financieras.

Es imprescindible señalar que toda información que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. produce para terceros interesados, llámense estos accionistas, depositantes, autoridades de control, fisco, inversionistas y otros, responde, como no puede ser de otra manera a una elaboración en base a principios de contabilidad generalmente

aceptados y, por lo tanto, se cumple con toda la normativa propia de la profesión contable y de la ASFI. Es decir, la información que se produce es correcta y de absoluta confiabilidad.

Ahora bien, el mecanismo interno que emplea el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. para sus múltiples propósitos y que no son producidos para los terceros interesados antes mencionados, utiliza una serie de herramientas como "cuentas puentes"; módulos independientes, etc., que responden a un sistema diseñado por consultores externos y utilizados por muchos Bancos en diferentes países, configurando un todo armónico que permite elaborar la información final que sí responde a todos los principios contables.

Ello explica la diferencia entre "puertas afuera" (que interesa a todos los terceros necesitados de información) y "puertas adentro" (que no es otra cosa que utilizar un sistema que cumpla con objetivos internos y produzca información externa confiable).

Con todo lo dicho y reiterando que nuestro Banco cumple con el referido Manual de Cuentas, pedimos a Ud., Sr. Director se sirva dejar sin efecto el Cargo 4 de la Operación 3, 6 y 8, que se nos atribuye en la Resolución que se impugna.

En consecuencia, con los fundamentos de orden legal expuestos, interponemos Recurso de Revocatoria parcial contra la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009, en lo relativo al Cargo 3 de la Operación 2, referido a la capitalización de intereses adeudados y al Cargo 4 de la Operación 3, 6 y 8, en la relativo a la inobservancia del Título I, literal I, numeral 1 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, solicitando a Ud., Sr. Director, que conforme a lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175, se sirva dictar Resolución revocándola parcialmente.

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°325/2009 DE 13 DE OCTUBRE DE 2009.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Fiscalización mediante Resolución Administrativa ASFI N°. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, resuelve confirmar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI No. 088/2009 de 11 de enero de 2009, con los siguientes fundamentos:

#### **"CONSIDERANDO**

Que, mediante cartas ASFI/DSR II/R-527/2009 y/o ASFI/DSR II/R-528/2009 de fecha 8 de mayo de 2009, **se notificaron cargos** a los señores Emilio Unzueta Zegarra y Juan Carlos Salgues Almaraz, en su condición de Presidente del Directorio y Director del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, por lo siguiente:

1. Incumplimiento del Artículo 42° de la Ley N°. 1488 de Bancos y Entidades Financieras al haberse evidenciado cobro de intereses en exceso, de

acuerdo con los hallazgos contenidos en la evaluación de las Operaciones No. 1, 3, 4, 5 y 6 del Informe de Inspección Especial SB/ISR II/D-30522/2008 de 13 de junio de 2008, que se resume en el cuadro consignado en el numeral 4 del Capítulo IV del referido informe.

2. incumplimiento del Artículo 6º, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés, al continuar aplicando tasas moratorias con posterioridad a la vigencia del citado Reglamento, de acuerdo con los hallazgos contenidos en la evaluación de las operaciones N° 4 y 5 del citado informe de inspección.
3. Incumplimiento de la prohibición establecida en el Artículo 5º, Sección 3, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés, al verificarse en la evaluación de la Operación N° 2, que dentro la operativa de reprogramación de créditos, el Banco capitalizó los intereses adeudados para posteriormente aplicar el monto otorgado al pago de las operaciones reprogramadas.
4. Incumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras al utilizar la cuenta 242.99 "Acreedores Varios" para el registro de pagos parciales de cartera (cuenta contable CXPA 4000210033), cuando el referido Manual dispone que, cualquier cobro efectuado por este concepto, se debe acreditar en el numeral 131.00 "Cartera", inobservancia resultante de la evaluación de las operaciones N° 3, 6 y 8 contenidas en el informe de inspección.
5. Incumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras que en la descripción de la cuenta Cartera Vigente 131.00 prevé que "los créditos que bajo cualquier modalidad se destinen a cubrir el pago de capital o intereses de otros créditos otorgados por la entidad u otras entidades del sistema al prestatario o a su grupo económico, en cuanto ello se conozca, sin una evaluación previa que demuestre suficientemente la capacidad del prestatario para cumplir las condiciones de pago, deberán contabilizarse en la cuenta Cartera vencida", inobservancia resultante de la evaluación de la operación N° 3, en la que se evidencia la exposición en estado contable vigente de operaciones crediticias reprogramadas, sin sustento sobre la capacidad de pago del deudor, así como la utilización de los nuevos desembolsos para el pago de intereses de las operaciones reprogramadas."

**(...) CONSIDERANDO:**

Que mediante carta ASFI/DAJ/R-37860/2009 de 28 de septiembre de 2009, se notificó al señor Fernando Asbún Gamra, para que en un plazo de 10 días hábiles administrativos computables a partir de la notificación, formule criterios sobre los fundamentos expuestos por los señores Emilio Unzueta Zegarra y Juan



Carlos Salaues Almaraz, *Presidente y Director del Banco Mercantil Santa Cruz SA, respectivamente, en su memorial de Recurso de Revocatoria.*

Que, el señor Fernando AsbúnGamrra, a través de memorial de fecha 09 de octubre de 2009 solicita rechazar el Recurso de Revocatoria interpuesto por los recurrentes en base a los siguientes argumentos:

- *Mediante nota AUD/018/2008 de fecha 29 de agosto de 2008 el Banco Mercantil Santa Cruz SA admitió y reconoció las infracciones que se impugna, contenidas en el informe de inspección especial emitido por la ASFI, por lo que el mismo adquirió la calidad de cosa juzgada y material.*
- *Si los recurrentes querían hacer valer sus derechos deberían hacerlo sobre los puntos resueltos por la ASFI en la parte resolutoria sancionatoria y no sobre la parte considerativa de la Resolución ASFI N° 088/2009.*
- *El argumento señalado en relación al cargo 3 por los recurrentes de que a tiempo de efectuarse el desembolso del préstamo que le fue concedido por la suma \$us 6.500.000.00.- mantenía en su cuenta corriente N° 0200352568 \$us 375.959.20, es malintencionado, en atención a que el monto existente es producto de un sobregiro otorgado a la cuenta N° 00-003-103109, el cual fue cancelado más los intereses devengados por 17 días, con el préstamo antes señalado.*
- *El argumento referente al cargo 4 sobre que la utilización de cuentas por pagar permite la interacción de los distintos módulos del sistema informático del Banco (FISA) y que el tratamiento contable de cuentas por pagar es similar a la dinámica contable de una cuenta transitoria, es confuso y no tiene fundamento contable, y de acuerdo a los comprobantes de pago emitidos por el Banco, los fondos depositados por su persona fueron acreditados a una cuenta de acreedores varios y no así aplicados a sus créditos.*

Que, mediante carta BMSC/GAU945/2009 de 5 de octubre de 2009, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha comunicado a esta Autoridad que en cumplimiento a la instrucción efectuada en el numeral 3) de la parte resolutoria de la Resolución ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009, ha procedido a la entrega del cheque de gerencia Serie G N° 0055154, por el monto de \$us86.127.24 (OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTISIETE 24/100 DOLARES AMERICANOS) girado a la orden de Fernando AsbúnGamrra, monto resultante del valor presente de \$us29.735.70, correspondiente a la restitución de intereses.

## **CONSIDERANDO:**

*(...) Que, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras regula las actividades de intermediación financiera con el propósito de precautelar el orden financiero y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo, ámbito dentro el cual se encuentran comprendidas las entidades financieras bancarias, conforme lo dispone el Artículo 90 y siguientes de la citada Ley.*

*Que, por disposición del Artículo 28° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en su primera parte, la administración de las entidades financieras bancarias, se encuentran sujetas a las disposiciones contenidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, el Código de Comercio y las disposiciones legales relativas a la materia y a sus Estatutos.*

*Que, el Artículo 99° de la citada Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras, determina que cuando las entidades financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y empleados contravengan sus previsiones legales y normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de sanciones administrativas, por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de conformidad a la atribución contenida en el Artículo 154°, numeral 10 de la citada Ley.*

*Que, el Artículo 108° de la Ley antes citada, determina que los Directores, Síndicos, Administradores, Gerentes, Apoderados, empleados, administradores o miembros del Consejo de Administración de una entidad financiera son solidaria e ilimitadamente responsables frente a la entidad, conforme lo disponen los Artículos 164°, 167°, 321°, 322°, 326°, 327° y 341° del Código de Comercio, por la ejecución de operaciones prohibidas o no permitidas por la Ley o que infrinjan las disposiciones especiales que regulan a las entidades de intermediación financiera.*

*Que, los citados Artículos 164° y 167° del Código de Comercio, establecen que los administradores y representantes de sociedades, síndicos y órganos de vigilancia deben actuar con diligencia, prudencia y lealtad, siendo responsables solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión, pudiendo ser separados provisional o definitivamente de sus funciones de acuerdo con lo establecido en el contrato social o las disposiciones de la Ley.*

*Que, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en la descripción de la cuenta 131.00, "Cartera Vigente", señala que en la misma se debe registrar los créditos que tiene sus amortizaciones de capital e intereses al día conforme al plan establecido en el contrato de crédito, y aquellos que se encuentran con un atraso en sus pagos de hasta 30 días a partir de la fecha de*

*incumplimiento del cronograma original de pagos. Asimismo la descripción de la sub cuenta 242.99 Acreedores Varios señala que se debe registrar en la misma el importe de las obligaciones que haya contraído la entidad que no corresponda informar en las otras subcuentas de la cuenta Diversas.*

*Que, el Artículo 800 del Código de Comercio establece que no se puede capitalizar intereses devengados y aún no pagados, salvo que ello se haya convenido con posterioridad a la celebración del contrato o cuando el acreedor demande judicialmente su pago. Empero en cualquiera de estos casos deben incluir las siguientes circunstancias: 1) que los intereses se adeuden por más de un año y 2) que la mora en el pago de capital e intereses no sea imputable al acreedor.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, las entidades de intermediación financiera se encuentran obligadas a someter su administración a la inexcusable observancia de las disposiciones legales mencionadas precedentemente y las regulaciones prudenciales emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las que en el presente caso se refieren, entre otros, al cumplimiento del Código de Comercio, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, así como las funciones y responsabilidades que les señalan el Reglamento de Tasas de Interés y Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

*Que, en el presente caso, las infracciones cometidas no obedecen a la acción deliberada de los administradores del Banco, empero si han sido generadas por la negligencia de sus administradores en la gestión operativa de la entidad, derivando en perjuicio de sus clientes, en este caso el Sr. Fernando AsbúnGamrra.*

*Que, la parte pertinente del Artículo 102° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, señala que las multas establecidas en los numerales 2° y 5° del Artículo 99° de la citada Ley, serán aplicadas a Directores, Síndicos, apoderados, Gerentes y empleados, según su grado de responsabilidad. La sanción se aplicara por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario que pudieron o debieron evitarse.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, del análisis de los fundamentos expuestos por los señores Emilio Unzueta Zegarra y Juan Carlos Salaués Almaraz se tienen las siguientes consideraciones:*

### **En relación al Cargo 3:**

- *La interpretación efectuada por los recurrentes en relación a la voluntad del legislador de requerir un pacto entre las partes del contrato, para la aplicación del Artículo 800° del Código de Comercio, es equivocada, debido a que no han considerado que la Resolución impugnada, en la parte correspondiente se refiere a la capitalización de intereses –anatosismo (sic), que se encuentra prohibida por el citado artículo.*
- *Adicionalmente, se ha verificado que no han concurrido las condiciones fácticas que exige el citado Artículo 800 del Código de Comercio para permitir como salvedad, la capitalización intereses, al no ser evidente que el Banco hubiera convenido con posterioridad a la celebración del contrato dicha capitalización, así como tampoco se ha determinado la existencia de intereses que se hubieran adeudado por más de un año y que la mora en el pago de capital e interés no sea imputable al acreedor.*
- *El hallazgo efectuado por la ASFI, no se refiere al hecho de que el Banco hubiera aplicado la excepción establecida en el Artículo 800 del Código de Comercio, que permite la capitalización de intereses cuando se cumplan las condiciones fácticas señaladas precedentemente, sino más bien se refiere a la existencia de capitalización de intereses en contra de disposiciones normativas.*
- *En ese marco, la revisión que pretenden los recurrentes no considera que la capitalización de intereses identificada por esta ASFI, se funda en el incumplimiento de la prohibición general de capitalizar intereses (anatosismo)(sic) que es la regla y no en la excepción. Más aún si consideramos que el Banco sin presentar ninguna documentación que refute ese hecho, argumenta que no realizó la capitalización de intereses (anatosismo)(sic) y por el contrario, confunde la interpretación, exigiendo que se verifique el cumplimiento de condiciones que la Ley requiere cuando se permite la capitalización de intereses como excepción.*
- *De la documentación revisada, no resulta evidente que el señor Asbún contara con fondos excedentarios en sus cuentas corrientes, puesto que en la cuenta N° 00-003-103109, antes del desembolso de \$us 6.5 millones realizado el 31 de julio de 1998, tenía un saldo negativo producto de un sobregiro de \$us1.495.083, mientras que en la cuenta N° 02-003-52568, registraba un saldo de \$us375.858, producto del sobregiro anteriormente descrito.*

- Cabe destacar que el Acta de Conciliación N°4 de 3 de agosto de 2007, elaborada y firmada por funcionarios del Banco, en el análisis de la operación por \$us 6.5 millones, detalla el uso dado a estos fondos, donde se establece que el Banco "reprograma intereses" por \$us65.011.
- Por todo lo expuesto, corresponde ratificar el contenido del informe ASFI/DSR11/R-24571/2009 del 5 de agosto de 2009, donde se establece que operativamente el Banco no procedió inicialmente al débito de los intereses de las operaciones que reprogramaba; sino que primeramente desembolsó la operación por \$us6.5 millones, para posteriormente cancelar el sobregiro de \$us 1.4 millones y reprogramar las operaciones donde debito capital e intereses.

#### **En relación al Cargo 4**

- Se ha verificado el inadecuado uso de la subcuenta 242.99 "Acreedores Varios", al registrar en la misma pagos de cartera, lo cual da lugar al incumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, que establece que la citada subcuenta ha sido habilitada para el registro de obligaciones que haya contraído la entidad.
- Los recurrentes no consideran que el registro contable debe efectuarse revelando el hecho económico en un solo lapso de tiempo, sin el uso de cuentas temporales (puente) que prolonguen la correcta exposición de este hecho económico. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que toda amortización de capital debe afectar la cuenta 131.00 de cartera en forma directa.
- El argumento referente a que el uso de la Cuenta 242.99 "Acreedores Varios" es una práctica utilizada por el Banco desde la implementación del sistema FISA y que no ha sido objeto de observación, no puede entenderse como una práctica aceptada y autorizada, por lo que una vez verificado el incumplimiento, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició el proceso sancionatorio e impuso la sanción administrativa correspondiente, en ejercicio de la facultad conferida en el numeral 10 del Artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de la revisión de la Resolución recurrida, se establece que en la parte considerativa se aceptaron los descargos presentados en relación al cargo 5, situación que fue considerada y tomada en cuenta al momento de imponer la

sanción a los ejecutivos recurrentes, por lo que corresponde precisar e incluir esta situación en la parte resolutive de la presente Resolución.

**CONSIDERANDO:**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal DAJ/R-45682/2009 de 12 de octubre de 2009, ha concluido señalando que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, no enervaron, menos desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009, sin embargo corresponde efectuar precisiones que no afectan al fondo de la Resolución recurrida, recomendando confirmar parcialmente la Resolución recurrida...”

**CONSIDERANDO:**

Que, las Entidades de Intermediación Financiera si bien constituyen sujetos de derecho privado, cumplen una función considerada de orden público, y por tanto, se encuentran obligadas a cumplir sus obligaciones de control y cuidado especializado, debiendo contar con los respectivos mecanismos que les permitan administrar los riesgos inherentes al giro propio de sus actividades...”

**4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 03 de noviembre de 2009, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 325/2009 de 13 de octubre de 2009, expresando lo siguiente:

“Con la facultad conferida por el artículo 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y en el plazo que al efecto fija el artículo 53 del indicado Decreto Supremo y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia, siguiendo la amplia doctrina que han desarrollado diversas Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera; interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, que confirmó parcialmente la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009, solicitando al Sr. Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, cuya competencia se desprende del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009 y de la Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se sirva dictar Resolución revocando totalmente la resolución impugnada, y como consecuencia de ello la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009.

El Recurso de Jerárquico que se interpone se funda en las consideraciones de orden legal que pasamos a exponer:

### **I.- PRESCRIPCIÓN.-**

En resguardo del instituto de orden público, como lo es la prescripción de la acción en materia de derecho administrativo, por virtud de la cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad del denunciante y de la administración y siendo la institución de la prescripción parte integrante del debido proceso y del derecho a toda persona a ser juzgado o procesado en un tiempo razonable y prudente, **sin que su ejercicio pueda ser reputado como reconocimiento o encubrimiento de alguna infracción**, siempre en el estricto uso del derecho a la defensa que consagran la Constitución Política del Estado y demás leyes, y a fin que la Resolución Jerárquica sea dictada con absoluta sindéresis y respecto al ordenamiento jurídico nacional, a la amplia doctrina desarrollada por Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera, en obediencia al principio de verdad material y al principio que informa(sic) el respecto(sic) a los precedentes, invocamos la prescripción de la acción administrativa sancionadora, en virtud del artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo, que dice: "**(PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES).- LAS INFRACCIONES PRESCRIBIRÁN EN EL TÉRMINO DE DOS (2) AÑOS. LAS SANCIONES IMPUESTAS SE EXTINGUIRAN EN EL TÉRMINO DE UN AÑO. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES QUEDARÁ INTERRUMPIDA MEDIANTE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE COBRO, CONFORME A REGLAMENTACIÓN ESPECIAL PARA LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 2 DE LA PRESENTE LEY.**"

En el tratamiento de la prescripción invocada contra la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 y la Resolución ASFI No. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, es de rigurosa observancia la literal d) del artículo 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo, que expresa: "**ARTÍCULO 4 (PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA).- La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: (...) d) Principio de Verdad Material: La administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.**"

El Principio de Verdad Material que proclama el citado artículo ha sido desarrollado y comprendido, entre otras, por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, que de modo categórico en sus Fundamentos Jurídicos, al tratarlo dice: "**(...) La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al**

**principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos, tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que pueda derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes ( ... )."**

Según Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera, entre la que destaca la SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, constituye fundamento jurídico de las Resoluciones Jerárquicas aquel que dice: "(...) Sin embargo, los requisitos normativamente establecidos para los medios de impugnación en general y para el recurso jerárquico en particular, no impiden de ninguna manera que los órganos de la administración pública encargados de conocer y resolver los mismos, no puedan ingresar de oficio en el análisis y revisión de los trámites administrativos o de determinados fundamentos llevados a cabo y/o desarrollados, cuando exista mérito para ello y en resguardo del interés general y orden público, aun cuando no hubiera sido propuesta la cuestión expresamente; criterio que se encuentra, además contenido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha señalado que: "**(...) entre los principios del derecho administrativo aplicables a la materia se erige el principio de verdad material o legalidad objetiva, según el cual la autoridad administrativa con competencia para decidir el fondo de una petición o recurso, tiene facultades para calificar adecuadamente los fundamentos esgrimidos por las partes en caso de error, pudiendo también decidir sobre cuestiones no propuestas por las partes, pero que, con el carácter de interés público ameritan el análisis y pronunciamiento de la administración, ello implica que si una petición revela la existencia de irregularidades mayores a las inicialmente demandadas la administración pública puede y debe iniciar una investigación de oficio y restaurar el imperio de la legalidad, resolviendo aspectos no alegados por las partes en cuanto ello beneficie al más débil o al bien común (...)** El enunciado, propio del derecho administrativo, interactúa junto al principio de pro-acción por el cual la administración puede corregir equivocaciones del administrado en la calificación de su trámite, petición o recurso, imponiendo al funcionario público la obligación de analizar la esencia del pedido e imprimirle



**el procedimiento que corresponda, no pudiendo dilatar la causa exigiendo reformulaciones.”** (Sentencia N° 056/2005 de 20 de abril).

*En el razonamiento de la doctrina contenida en las resoluciones anteriormente citadas y transcritas, no cabe duda que el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos, sin que la administración pueda antojadizamente modificar la verdad, la realidad y circunstancia de hechos concretos y menos aún interpretar y aplicar las normas de modo caprichoso y sin atender precedentes de obligatoria observancia y cumplimiento.*

*Como bien lo entiende y proclama la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento y es en virtud de dicho entendimiento que en este Recurso Jerárquico, contra la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 y la Resolución ASFI No. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, invocamos la prescripción de la acción sancionatoria, en base a lo siguiente:*

*Es un hecho indiscutible, que no puede ser soslayado por ninguna autoridad administrativa y menos aún por la ASFI que: **"la prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento"**, tal como lo sostiene la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006.*

*Es conveniente señalar que el artículo 39 de la Ley del Procedimiento Administrativo establece que los procedimientos administrativos pueden iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada, y es por lo dicho que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano respectivo y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio conforme a la citada norma comienza con la presentación de la denuncia, si es a instancia de parte, así lo ha sostenido la ya referida Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006 y otras más.*

*En el caso particular y concreto de la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 y de la Resolución ASFI No. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, la verdad material, la realidad y las circunstancias de los hechos está contenida en el expediente organizado por la ASFI, el que informa que el 15 de febrero*

de 2007 se inició el procedimiento sancionatorio en virtud de una denuncia, que a través de carta notariada formula Fernando Asbún al Dr. Fernando Calvo, ex Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, denuncia que es relativa a los posteriores hallazgos que contiene el Informe SB ISR - II/D-30522/2008, cuando ya se había operado la prescripción de la acción administrativa sancionatoria.

En efecto, una revisión del Informe SB ISR-II/D-30522/2008 demuestra claramente que las gestiones motivo del indicado Informe ya habían prescrito a la fecha de la denuncia de Fernando Asbún. Tal prescripción está ampliamente probada si se tiene en cuenta las fechas de las operaciones que fueron motivo de revisión y que constan en el precitado informe y especialmente de las propias afirmaciones de la ex SBEF, que expresamente hacen referencia a haberse operado la prescripción. Así en la última parte del punto V. "Recomendaciones" del Informe de Inspección Especial SB/ISR II/D-30522/2008 de 13 de junio de 2008, textualmente dice: **"También debería aplicarse el Reglamento de Sanciones Administrativas, para el caso de los incumplimientos identificados, EN TANTO Y CUANTO EL TRANCURSO DEL TIEMPO NO HAYA AFECTADO EL DERECHO DE ESTA SUPERINTENDENCIA DE APLICAR SANCIONES CONTRA LOS RESPONSABLES DE ESTAS INFRACCIONES"**.

No cabe duda que el Informe SB ISR - II/D-30522/2008 es la base y sustento de los cargos y de la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 y de la Resolución ASFI No. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, por ello es que incuestionablemente el cómputo de la prescripción para las supuestas infracciones debe computarse desde el día siguiente de ellas.

Desde el día siguiente de las infracciones señaladas se inició la potestad de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de iniciar el procedimiento sancionatorio, ya sea de oficio o a instancia de parte. En el caso que nos ocupa, Fernando Asbún Gamra presentó su denuncia recién en fecha 15 de febrero de 2007, como bien se prueba y acredita de modo fehaciente de la carta notariada de 15 de febrero de 2007, enviada al entonces Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, cuando ya había excedido en muchísimo tiempo el término de la prescripción que comprende el artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo y cuando ya se había operado la prescripción de la acción sancionatoria.

Esta situación ya fue advertida a la ASFI a tiempo de presentar nuestros descargos, pero sin embargo de ello, se incurrió en una grave confusión entre lo que es el inicio del cómputo del término de la prescripción con la interrupción de la prescripción, que son institutos completamente distintos, por tal motivo, de la revisión del propio expediente administrativo se puede establecer que los

periodos observados por la ASFI no pudieron ser motivo del inicio del procedimiento sancionatorio al estar prescritos, en aplicación del artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo, que debe ser comprendido bajo los alcances y en el entendimiento de Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que textualmente expresa: **"la prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento."**

No es pertinente que la ASFI funde, entre otros criterios, su Resolución No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 en la Sentencia Constitucional 0101/2004 y su AC No. 0079/2004- ECA, puesto que tal Sentencia Constitucional y Auto Complementario se refieren puramente al campo de la materia penal con relación a la extinción de la acción penal, que es una materia completamente distinta a la de la prescripción en materia administrativa.

Teniendo en cuenta que el entendimiento de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, relativa a que el término de la prescripción se computa desde el día siguiente de la infracción, ha sido permanentemente aplicado por el SIREFI en la resolución de los recursos jerárquicos, corresponde al caso concreto la aplicación de la Sentencia Constitucional 1781/2004 - R, a 1a que forzosamente se acude en la Resolución No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 en un vano intento de justificar la inactividad del denunciante, quien presentó su denuncia extemporáneamente, cuando en mucho ya se había operado la prescripción por el transcurso de los dos años que fija el ya referido artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

En consecuencia, al estar revelado nítidamente en el propio expediente administrativo que las supuestas infracciones que sirven de base para la imputación que nos hace la Resolución ASFI No. 088/2009 de 11 de agosto de 2009 y la Resolución ASFI No. 325/2009 de 13 de octubre de 2009, se hallan prescritas, corresponde a Ud., Sr. Viceministro, en aplicación del principio de la verdad material, que esta instituido en el literal d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, restaurar el imperio de la legalidad declarando haberse operado la prescripción de la acción sancionatoria y en consecuencia revocar la Resolución ASFI N° 325/2009 de 13 de octubre de 2009, que en recurso de revocatoria, confirmó la Resolución ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009, dejando ambas sin efecto ni valor legal alguno.

## **II.- IMPUGNACION DE CARGOS.-**

Para el supuesto e inadmitido caso que no se declare la prescripción de la acción sancionatoria, en vista que se nos ha denegado el recurso de revocatoria en la forma como ha sido planteado, lesionando derechos, a través de este recurso también impugnamos la Resolución ASFI n° 325/2009 de 13 de octubre de 2009, en base a los fundamentos de orden legal que pasamos a exponer:

### **a) IMPUGNACIÓN AL CARGO 3.**

En la Resolución que se impugna la ASFI no ha llegado a comprender el descargo que se ha opuesto y es preocupante que su redacción lleve a posteriores equívocos y a una indebida utilización. Por ello es que contra las afirmaciones de la ASFI, es preciso destacar y reiterar que no pudo haber inobservancia de las condiciones fácticas que exige el artículo 800 del Código de Comercio, por el sencillo hecho de que jamás entre las partes se convino o suscribió un contrato de capitalización de intereses.

Tal como está configurado el anatocismo en nuestra legislación, y especialmente en el artículo 800 del Código de Comercio, la capitalización de intereses **solo puede emerger de un acuerdo de voluntades entre el prestamista y el prestatario.** La diferencia reside en que si dicho acuerdo o pacto confluyen las circunstancias descritas por los numerales 1) y 2) del citado artículo 800 el anatocismo está permitido; por el contrario, si en el acuerdo o pacto no concurren dichas circunstancias, el anatocismo pactado será nulo . Pero en todo caso se debe comprender que el anatocismo siempre debe surgir de un pacto o contrato, es decir de la voluntad de las partes que acuerdan un pacto un préstamo para capitalizar los intereses adeudados.

Otro equivoco conceptual en el que incurre la ASFI está contenido en la afirmación referente a que la suma de \$us. 375.858 que se hallaba depositada en la otra cuenta corriente que Fernando Asbún mantiene el Banco, proveniente de un sobregiro, no es un elemento válido para descartar la existencia de anatocismo. Nuevamente debemos indicar que el anatocismo solo puede surgir cuando se otorga un préstamo (de manera voluntaria y consentida por ambas partes) para pagar capital e intereses, fusionándose de esta manera en el nuevo préstamo lo adeudado por el capital e intereses. En el caso que nos ocupa, al ser el saldo de \$us. 375.858 que refiere la ASFI producto de un sobregiro, es decir de una operación bancaria distinta al préstamo por \$us. 6.5 millones, desvirtúa la posibilidad de la existencia de anatocismo, ya que

dicho sobregiro tampoco tenía como objeto el pago de intereses y posterior capitalización.

Todo lo referido anteriormente, a lo que debe adicionarse el hecho que del préstamo de \$us. 6.5 millones le quedo a Fernando Asbún un saldo de \$us. 634.289,58 de libre disponibilidad, desvirtúa completamente la posibilidad de la necesidad de que se convenga un anatocismo entre el Banco y Fernando Asbún Gamra, puesto que a tiempo de convenirse el préstamo existían condiciones materiales que permiten afirmar concluyentemente que no se necesitaba convenir o pactar anatocismo para dar la viabilidad al indicado préstamo por \$us. 6.5 millones.

La realidad anteriormente señalada, que ha sido verificada por la ASFI y se halla contenida en la parte resolutive del acto administrativo que se impugna, permite que Ud., Sr Viceministro pueda tomar convicción de que no fue voluntad de ninguna de las partes celebrar o convenir un contrato de préstamo que contenga un anatocismo por la suma de 65.011.

Además la ASFI para mantener el cargo impuesto no toma en cuenta que ante la necesidad que los clientes tengan un documento único en el que se exponga el pago del capital, intereses, formularios y otros cargos, como práctica usual del Banco y de otras entidades financieras de Bolivia y del mundo, es común la emisión de una sola papeleta contable que exponga dichos conceptos, sin que ello pueda entenderse como capitalización de intereses.

En cuanto respecta al Acta de Conciliación N° 4 de 3 de agosto de 2007, a la que en una suerte de corolario refiere la Resolución impugnada para confirmar el cargo, debemos indicar que el resumen o síntesis que contiene dicha acta no hace más que reflejar lo consignado en las papeletas contables emergentes del desembolso del préstamo por \$us. 6.5 millones, otorgado por el Banco a Fernando Asbún; y, reiteramos, que aún en el caso que en dicha cuenta (en la que se efectuó el desembolso) hubiesen existido fondos propios de Fernando Asbún, las papeletas contables, igualmente, de forma simultánea hubiesen consignado al mismo tiempo un cobro por capital e intereses de las operaciones reprogramadas."

#### **b) IMPUGNACION AL CARGO 4.**

Si bien es cierto que el Banco utilizó la subcuenta 242.99 "ACREEDORES VARIOS" para el registro transitorio de la reprogramación de operaciones de cartera, dicha utilización no tiene ningún efecto contable ni económico ya que la indicada cuenta no presenta saldo alguno al final del día.

La utilización de cuentas temporales (puente) no está prohibida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, es más esa posibilidad está prevista en el inciso l) del referido Manual - Políticas Contables que en el numeral 2, hace referencia a "sustancia económica sobre forma jurídica", que indica que para el registro contable de las operaciones debe prevalecer la esencia sobre la forma jurídica en que las mismas se pactan, **situación corroborada por las Normas Internacionales de Contabilidad las cuales establecen en el punto 35 del Marco Conceptual "La esencia sobre la forma" que dice: " ... que si la información sirve para representar fielmente las transacciones y demás sucesos que se pretenden reflejar, es necesario que estos se contabilicen y se presenten de acuerdo con su esencia y realidad económica y no meramente sobre su forma legal."**

La esencia de la operación de reprogramación es la de registrar en la cuenta cartera reprogramada el nuevo saldo de la operación, para ello se utiliza transitoriamente la subcuenta 242.99 "ACREEDORES VARIOS", cuyo saldo es posteriormente retirado al dar de baja la operación original, para dar lugar a una nueva operación reprogramada, los periodos de duración entre ambos registros fueron de 1 a 14 minutos en las operaciones de reprogramación de las obligaciones de Fernando Asbún.

La aseveración de que una transacción que utiliza para su registro cuentas transitorias debe realizarse en un solo lapso de tiempo no es correcta, como lo hace la Resolución que se impugna, ya que algunas de las operaciones se regularizan en procesos batch (al final del día, esta operativa no afecta la exposición de los Estados Financieros diarios, ya que al final del día reflejan correctamente la realidad económica de cada operación, reconociendo los activos y pasivos en nuestros balances.

Asimismo, la mecánica contable que el Banco utiliza para el registro de estas operaciones responde a un diseño de sistemas informáticos que, como fue indicado, es solamente transitorio, asimilable a cuentas en tránsito cuyo uso no prohibido, ya que por ejemplo la cuenta 183.00 y 244.00 "Partidas pendientes de imputación" pueden ser utilizadas transitoriamente para el registro de partidas que no puedan ser imputadas en sus cuentas de manera directa y sin tener plazos perentorios de regularización.

El hecho de que nuestros argumentos no hayan sido considerados por la ASFI, está permitiendo que Fernando Asbún pretenda indebidamente hacer valer montos que en ningún momento pagó al Banco, en contra de lo reconocido por el Organismo Supervisor en la Resolución ASFI/088/2009 - Cargo 4, Análisis de

las operaciones 3, 6 Y 8, donde textualmente se establece “...**las papeletas internas no son documentación respaldatoria de pagos...**”

Por tanto, en mérito a los argumentos de orden legal expuestos, solicitamos a Ud., Sr. Viceministro, en aplicación, en aplicación al literal d) del artículo 43 del decreto supremo 27175, se sirva revocar la Resolución ASFI N° 325/2009 de 13 de octubre de 2009 y dejarla sin efecto.

Ud., Sr. Director, conforme al artículo 55 del referido decreto supremo No. 27175, se servirá remitir al Viceministerio de Pensiones y Servicios financieros el respectivo expediente organizado cronológicamente, con todos los antecedentes ordenados y debidamente foliados...”

## **5. ALEGATOS TERCERO INERESADO.-**

Mediante memorial presentado en fecha 04 de diciembre ante esta instancia jerárquica, Fernando Asbún Gamra en su condición de tercero interesado expone sus alegatos conforme se transcribe a continuación:

### **“CONSIDERACIONES LEGALES PREVIAS**

Que conforme dispone la legislación aplicable y orienta la uniforme jurisprudencia administrativa y judicial, el recurso Jerárquico importa una nueva acción o demanda de carácter especial, abriéndose la competencia del Tribunal de alzada de acuerdo a lo dispuesto con los Arts. 52 y siguientes del 0.5. 27175 del 15 de septiembre del 2003.

Asimismo los agravios expuestos por el recurrente deben necesariamente circunscribirse a los puntos que hayan sido resueltos por el inferior y que hubieren sido objeto de impugnación por la parte recurrente; caso contrario, la competencia del juez o tribunal no se abre a efectos de su consideración y resolución.

En el caso que nos ocupa, es preciso establecer que el recurrente no cumplió a cabalidad con la adecuada técnica jurídica para plantear la presente acción Jerárquica, y como lo manifestamos, que por su naturaleza jurídica constituye una nueva demanda de puro derecho, en cuya interposición se deben observar requisitos de ineludible cumplimiento.

Dicho esto, paso a responder puntualmente al ilegal recurso presentado por el Banco Mercantil:

### **RESPUESTA A IMPUGNACION A LA PRESCRIPCION.**

Su autoridad tiene jurisdicción y competencia de conocer y resolver un recurso jerárquico siempre y cuando el aspecto que se impugna se encuentre dentro de la Resolución que rechaza el recurso de revocatoria, en el presente caso y viendo los orígenes del recurso, podemos colegir que los recurrentes fueron notificados con la Resolución N° 088/2009 de fecha 11 de agosto del 2009, en la cual la Autoridad de Supervisión Financiera (ASFI) declara improbadamente la excepción de prescripción, resolución esta, que no fue impugnada por el Banco en término hábil, **omisión que importa su ejecutoria absoluta adquiriendo de esta manera la calidad de cosa juzgada formal y material.**

Ahora bien, el recurrente de una manera sesgada y queriendo hacer entrar en error a su Autoridad, pretende suplir en esta instancia, su error, ligereza, negligencia y pasividad, planteando en su recurso jerárquico, aspectos que no fueron contemplados en su recurso de revocatoria como es la supuesta prescripción, confundiendo términos completamente distintos en materia jurídica, como es el "tiempo" y "la instancia".

La prescripción, como señala la doctrina y jurisprudencia, puede hacerse valer en cualquier tiempo, y así lo hizo el banco en la etapa del procedimiento sancionatorio, y la Autoridad de Supervisión Financiera rechazó dicha excepción mediante su resolución 088/2009, este rechazo a la prescripción, reitero, no fue impugnada por el Banco a tiempo de plantear su recurso de Revocatoria, y al no hacerlo su derecho precluyó, por lo tanto en esta instancia (JERARQUICA) no puede hacerlo por los motivos y razonamientos expuestos precedentemente. Ahora bien, Sr. Viceministro, y toda vez que el Recurrente NO CUMPLIO con el ritualismo procesal, y la exigencia de la doctrina y jurisprudencia al presentar su recurso, lo que afecta a la estructura jurídica y legal del recurso Jerárquico, resultando a todas luces incongruente, su autoridad deberá haber declarado la improcedencia del recurso jerárquico de fecha 3 de noviembre del 2009 presentado por los recurrentes referente al tema PRESCRIPCION (punto 1), en mérito que dicho aspecto NO fue impugnado dentro del recurso de revocatoria y menos fue motivo de pronunciamiento dentro de la Resolución N° 325/2009 de fecha 13 de octubre del 2009, por lo que su derecho a recurrir ha precluido.

Resulta inverosímil y completamente falto de ética procesal, que los recurrentes presenten de manera extemporánea, una impugnación a la resolución dentro del Recurso jerárquico sin haber presentado previamente la mencionada impugnación mediante el recurso de revocatoria correspondiente, lo que demuestra total desconocimiento de las normas legales atinentes al recurso Jerárquico.



Por otro lado su autoridad, deberá resolver el recurso precisamente sobre los hechos y datos resueltos por el inferior y no sobre hechos que no fueron oportunamente reclamadas ante los juzgadores de instancia operando la preclusión del derecho para hacerlo en esta instancia.

Por lo expuesto precedentemente y a mérito de los razonamientos jurídicos planteados, solicito se declare IMPROCEDENTE la EXTEMPORANEA impugnación al rechazo de la excepción de prescripción presentada dentro del presente tramite, de conformidad a lo establecido por el Art. 43 Inc. d) del Decreto Supremo 27175.

### **RESPUESTA A IMPUGNACION AL CARGO 3 y 4**

#### **CAPITALIZACION DE INTERESES (CARGO 3):**

Sobre este punto, Señor Viceministro, previamente me permito hacer algunas consideraciones para que Ud. tenga presente.

Un primer aspecto es, que sí, los argumentos presentados por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. dentro del Recurso Jerárquico sobre la capitalización de intereses, es la manera que el Banco interpreta la norma y realiza transacciones en cumplimiento a lo que afirma, su autoridad está en la obligación y sin más trámite ordenar la intervención de dicha entidad financiera en merito a que entre la posición del banco y la norma legal vigente son posiciones completamente contra opuestas.

Un segundo aspecto, y con el propósito que su autoridad se dé cuenta de que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no sólo falta a la verdad, sino, que también, falta al respeto a la Autoridad Jerárquica, al exponer de una manera torcida, falaz y empírica interpretación del Art. 800 del Código de Comercio, Olvidando que la Ley de Bancos aplicada con preferencia a temas como los que nos ocupa y de observancia obligatoria por los Bancos, señala **TERMINANTEMENTE que se PROHÍBEN CUALQUIER FORMA DE CAPITALIZACIÓN DE INTERESES**, es más señor Viceministro, el banco al parecer pretende borrar con el codo lo que escribió con la mano, ya que olvida que sus propios ejecutivos reconocieron mediante notas expresas que incurrieron en anatocismo, ilícito detectado por la superintendencia de bancos en sus inspecciones especiales, lo que nos releva de aportar cualquier otra prueba, y como probanza de mi afirmación adjunto al presente memorial copias de dos documentos donde la Gerente Legal y el mismo recurrente director ejecutivo Juan Carlos Salaués confiesan ante la SBEF ahora ASFI lo siguiente:

Mediante nota CITE AUD/011/2007 Y CITE AUD/018/2008 suscritas por la Gerente de Auditoría Interna, Lic. María Teresa Salazar Fuentes y el Vicepresidente Ejecutivo el Sr. Juan Carlos Salaués Almaraz del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en respuesta a la nota enviada SBEF SB/ISR II/d-19542/2007 y nota CITE SB/ISR II/D-34610/2008 dentro del trámite 433701 "Reclamo del Sr. Fernando Asbún Gamra" con relación a la operación 2 sobre el préstamo de \$us. 6.500.000,00 de los cuales \$us. 65.011,00 fueron a cubrir los intereses generados por las anteriores operaciones configurándose de esta forma la capitalización de intereses en infracción al art. 800 del C. Com. CONFIESAN Y ACEPTAN textualmente lo siguiente:

**"Se ha determinado la existencia de créditos que fueron utilizados para cancelar capital e interés de créditos anteriores... En el actual proceso crediticio que aplica el Banco no permite la ocurrencia de situaciones similares a la descrita."**

En consecuencia y por lo expuesto y señalado precedentemente solicito a su autoridad se declare improcedente el recurso jerárquico que impugna la Resolución 325/2009 referente a la CAPITALIZACION DE INTERESES.

#### **INCUMPLIMIENTO POR UTILIZACION DE LAS CUENTAS ACREEDORES VARIOS**

Los recurrentes tardaron 5 años en reconocer y entender la diferencia entre el concepto de papeleta interna contra el concepto de comprobante de pago y/o recibo, esto en virtud a que en el recurso jerárquico presentado por los recurrentes confiesan y aceptan expresamente la diferencia entre estos manifestando textualmente lo siguiente:

#### **COMPROBANTES DE PAGOS**

**"Además la ASFI para mantener el cargo impuesto no toma en cuenta que ante la necesidad que los clientes tengan un documento único en el que se exponga el pago del capital, intereses, formularios y otros cargos, como práctica usual del Banco y de otras entidades financieras de Bolivia y del mundo, es común la emisión de una sola papeleta contable que exponga dichos conceptos".**

#### **PAPELETAS INTERNAS**

**"Las papeletas internas no son documentación respaldatoria de pagos".**

Estas afirmaciones son ratificadas por el mismo Banco Mercantil Santa Cruz S.A. mediante memorial que adjunto de fecha 16 de marzo del 2009 presentado dentro del proceso coactivo en contra mi persona radicado en el Juzgado 6° de

Partido en lo Civil ,donde mediante memorial el mismo banco señala textualmente lo siguiente:

### **COMPROBANTES PAGO**

"Como lo tiene referido la única forma de operar la excepción de pago documentado es presentado lo (sic) comprobantes de pago sobre lo cual se sustenten, sin ella la excepción no podrá ser considerada, ya que de acuerdo nuestro ordenamientos jurídica los pagos solo pueden ser acreditados documentalente no pueden probarse mediante meras y simples declaraciones"

Por todo lo señalado se puede concluir definitivamente que tanto para la Autoridad de Supervisión Financiera ASFI mediante la Resolución N° 088/2009, para el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. mediante recurso Jerárquico y memorial presentado ante el Juez 6° de Partido en lo Civil como también mi persona se tiene lo(sic) siguientes conclusiones:

- Es cierto que el Banco utilizó la cuenta 242.99 "Acreedores Varios" para el registro de reprogramaciones y pagos realizados por mi persona incurriendo en el incumplimiento al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.
- Que es cierto que las papeletas internas que emite internamente el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no es documentación de respaldo que acredita el pago.
- Que es cierto que ante la necesidad de que los clientes tengan un documento único en el que se exponga el pago del capital, intereses, formularios y otros cargos, como práctica usual del Banco y de otras entidades financieras de Bolivia y del mundo, es común la emisión de una sola papeleta contable que exponga dichos conceptos".
- Que es cierto que la única forma de operar la excepción de pago documentado es presentado los comprobantes de pago sobre lo cual se sustenten, sin ella no podrá ser considerada, ya que de acuerdo nuestro ordenamientos jurídico los pagos solo pueden ser acreditados documentalente no pueden probarse mediante meras y simples declaraciones."

Concluyendo este punto, podemos señalar que por lo expuesto precedentemente, se tiene que la controversia suscitada dentro del presente proceso con relación a la documentación que acredita el pago y la

*documentación que no respalda el pago, está resuelta.*

*Sin entrar en otro género de consideraciones y por los razonamientos de hecho y de derecho expuestos, además de la documentación cursante en el expediente, pido a su Autoridad y sin mayor trámite RECHAZAR totalmente el indebido recurso promovido por el Banco BMSC, **por NO ADECUARSE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO...**"*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.-**

Un aspecto fundamental y de especial pronunciamiento que dirime sobre el fondo del presente proceso, es el instituto jurídico de la prescripción invocada por el recurrente sobre dos aspectos; el primero al tiempo transcurrido desde la interposición de la denuncia (carta de fecha 15 de febrero de 2007), emisión de la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009; y el segundo sobre tiempo transcurrido desde la infracción cometida hasta la interposición de la denuncia realizada a la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras por Fernando Asbún Gamra, es así que corresponde entonces realizar un análisis sobre la procedencia o no de lo alegado por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en su recurso interpuesto.

Asimismo, merecerá una valoración objetiva de lo presentado por Fernando Asbún Gamra al momento de contestar el Recurso Jerárquico interpuesto por el recurrente en su condición de tercero interesado y con una legitimación activa dentro el presente proceso en primer término con referencia a lo alegado.

#### **1.1. Sobre la Prescripción invocada por el recurrente y el principio de verdad material sobre las acciones administrativas hasta la emisión de la Resolución Administrativa Sancionatoria.-**

El recurrente invoca el instituto jurídico de la prescripción en materia administrativa, obedeciendo también al principio de verdad material trayendo a colación precedentes administrativos desarrollados en instancia jerárquica señalando estos en el fondo, que el órgano administrativo debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado; verdad material o legalidad objetiva, siendo el deber de la administración pública investigar la verdad material de los hechos que conllevaron a la tramitación del procedimiento y posterior emisión de un fallo, corrigiendo eventuales equivocaciones u omisiones por parte del administrado que no fueron oportunamente o debidamente demandadas por éste.

Efectivamente, los extensos precedentes administrativos y jurídicos glosados en el recurso interpuesto, ilustra a cabalidad este principio, exclusivamente atributivo a la actividad administrativa, convirtiéndose en un valor esencial del derecho administrativo esa incansable búsqueda objetiva de la verdad material y los hechos reales tal cuales se fueron o se vienen dando.

Es así, que corresponde realizar una compulsión adecuada y objetiva de lo alegado por el recurrente en franca congruencia de lo enunciado precedentemente, llegando a establecer de manera cierta la naturaleza ecuaníme del instituto jurídico de la prescripción en materia administrativa e invocada por el recurrente para el caso en concreto.

Para empezar resulta necesario extraer el precedente administrativo desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de diciembre de 2006 que es la base jurídica fundamental en la que el recurrente basa su invocación al régimen jurídico de la prescripción:

Tenemos entonces que en lo que respecta al presente caso la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 61/2006 de 8 de diciembre de 2006 en su romano cuarto, numerales segundo y tercero señala:

**“IV.2. La Prescripción en Materia Administrativa y la Retrospectividad de las Normas.**

*La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. **No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo.** De la definición anterior se desprende su carácter renunciante y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella.*

De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, **es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho.**

En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por 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 los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.

Ahora bien, existen dos corrientes diversas sobre la naturaleza jurídica de la prescripción. Una interpretación concibe esta institución como de carácter procesal, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, cuya aplicación se haga depender de la concurrencia del elemento subjetivo de abandono o dejadez en el ejercicio de la propia acción o, al contrario; puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material, concepción según la cual la aplicación de la prescripción depende exclusivamente de la presencia de los elementos objetivos de paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido, con independencia y al margen de toda referencia a la conducta procesal del titular de la acción...

#### **...IV.3. Interrupción de la Prescripción**

Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción.

El mencionado Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que manifiesta que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción

*de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)" empero, no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción de las sanciones ya impuestas, aspecto distinto de la acción...*

*... la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo, y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia - si es a instancia de parte - siendo la mencionada notificación de cargos un acto dentro del procedimiento que se origina a consecuencia de la acusación formulada (Artículo 65 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003).*

*Finalmente, corresponde aclarar que si bien el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)", esta previsión normativa, se reitera, se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción."*

Ahora bien, habiendo traído a colación ut supra todo lo manifestado en la ya citada Resolución Jerárquica, corresponde realizar una exegesis de lo glosado subsumiendo los hechos al derecho y rescatando los elementos esenciales de la prescripción para adecuarla al presente caso.

Tenemos entonces, que para que opere la prescripción no se requiere únicamente el paso del tiempo, sino que se tiene que considerar elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad del derecho.

Partiendo de este concepto, el mencionado precedente administrativo establece dos corrientes diversas sobre la naturaleza de la prescripción; la primera concibe e esta institución como de **carácter procesal**, cuya aplicación dependa de la concurrencia del elemento subjetivo del abandono o dejadez en el ejercicio de la propia acción; y la segunda como institución de naturaleza **sustantiva material**, dependiendo su aplicación exclusivamente de los elementos objetivos de la paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido. Sin embargo dichas corrientes, pueden llegar a ser aplicadas simultáneamente para que proceda o se dé inicio al instituto jurídico de la prescripción.

### **1.1.1. Análisis de los antecedentes del recurso Jerárquico con relación a la interposición de la prescripción en concordancia con el principio de verdad material.-**

Después de todo lo glosado, corresponde ahora evidenciar los hechos cronológicos suscitados desde la interposición de la denuncia y la interposición de la sanción.

De acuerdo a la revisión minuciosa de los antecedentes que motivan el procedimiento, tenemos que la denuncia realizada por Fernando Asbún Gamra fue hecha en fecha 15 de febrero de 2007; posteriormente, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades financieras elabora un informe (Inf. SB/ISR-II/D-30522 de fecha 13 de junio de 2008), detallando cronológicamente todas y cada una de las acciones realizadas sobre la inspección especial realizada al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en la que principalmente se rescata la concurrencia de una posible conciliación de sus cuentas, designando un delegado técnico por ambas partes y que una vez concluido su trabajo, este organismo de supervisión bancaria emitirá su criterio.

Posteriormente, en fecha 19 de noviembre de 2008 el señor Fernando Asbún Gamra impugna mediante Recurso de Revocatoria el contenido de las cartas SB/IAJ/D-33062/2008 de 26 de junio de 2008 y SB/ISR II/D-52405/2008 de 15 de octubre de 2008.

Mediante Resolución Administrativa SB N° 008/2009 de 13 de enero de 2009 la Ex Superintendencia de Bancos y entidades Financieras resuelve determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria, debido a que este fue presentado fuera de plazo.

Por memorial de fecha 21 de enero de 2009 Fernando Asbún solicita complementación y enmienda, no habiendo la SBEF dado lugar a la complementación realizada mediante Auto de fecha 28 de enero de 2009.

Asimismo, por memorial presentado en fecha 02 de febrero de 2009 Fernando Asbún interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 008/2009 de 13 de enero de 2009.

Consecuentemente, mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2009 de 7 de abril de 2009, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera resuelve desestimar el Recurso Jerárquico interpuesto.

Una vez concluido el precitado proceso recursivo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-527/2009 de 8 de mayo de 2009 procede a notificar al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. con los cargos establecido en el informe SB/ISR-II/D-30522 de fecha 13 de junio de 2008, continuando de esta manera el proceso de imputación de cargos iniciado a denuncia de Fernando Asbún el 15 de



febrero de 2007.

Finalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa sancionatoria ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009, y de Revocatoria ASFI 325/2009 de 13 de octubre de 2009, ahora recurridas en instancia jerárquica.

Como podemos apreciar, tanto el denunciante como el órgano de regulación han realizado de forma continuada y cronológica las acciones legales necesarias, el primero ejercitando sus derechos subjetivos que la ley le otorga y la segunda investigando los hechos denunciados de acuerdo a sus funciones y atribuciones conferidas por ley.

Una vez realizada una descripción objetiva de los actos y hechos administrativos suscitados durante la tramitación del proceso sancionador se tiene que en ningún momento se dio una inactividad ni un comportamiento pasivo por parte del denunciante ni de la administración pública.

Si bien es cierto que entre la denuncia presentada y la emisión de la Resolución Administrativa Sancionatoria han transcurrido tres años, 5 meses y 28 días, durante este lapso de tiempo, se fueron dando una serie de actos administrativos que prolongaron la investigación sobre lo denunciado, teniendo como consecuencia un trámite administrativo con muchas impugnaciones que derivaron en la interposición de procesos recursivos que obligatoriamente debieron ser tratados y resueltos por las instancias pertinentes.

Por todo ello, se colige que en franca aplicación del principio de verdad material la verdad objetiva de los hechos que dieron curso a la prolongación del tiempo establecido, se debió una serie de actos administrativos consecutivos que se fueron dando y la atención de la denuncia jamás fue dejada de lado ni se tuvo una actitud pasiva por parte de la administración pública.

Consecuentemente, no habiendo concurrido un elemento esencial para que opere la prescripción de la acción administrativa, como lo es la inactividad subjetiva del denunciante o la inactividad de la administración no es procedente la solicitud de prescripción hecha por el recurrente respecto al tiempo transcurrido desde la denuncia presentada por Fernando Asbún Gamra hasta la imposición de la sanción mediante Resolución Administrativa ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009.

## **1.2. Sobre la Prescripción de la infracción invocada por el tiempo transcurrido hasta antes de la denuncia presentada.-**

**1.3.** Siguiendo la línea de lo expresado precedentemente, se estableció con meridiana claridad los efectos de prescripción sobre las acciones administrativas en el que se encontraban aspectos importantes como la inactividad procesal interdependiente del tiempo transcurrido en la eventual carencia de positivización de la actividad administrativa hasta la eventual imposición de una sanción o pronunciamiento de la administración pública.

Contrario sensu a lo señalado la prescripción de las infracciones y sanciones se encuentra expresamente determinadas en el ordenamiento jurídico administrativo no correspondiendo hacer mayor análisis o valoración que la que se encuentra normado, debiendo a limitarse el dar aplicación la norma tal cual lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 en relación al régimen de la prescripción de las infracciones y sanciones, y para una mejor ilustración y co-referencia en la presente Resolución corresponde su transcripción:

*“ARTICULO 79º. (Prescripción de la Infracciones y Sanciones). Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro...”*

En este contexto tenemos que la norma procesal especial ha establecido de forma clara y categórica el régimen de la prescripción de las infracciones y sanciones impuestas por lo que siempre apelando al principio de verdad material corresponde realizar una retrospección de los hechos que motivaron la infracción cometida por el administrado versus el tiempo transcurrido y la adecuación a lo establecido en la precitada disposición legal.

La Resolución Administrativa ASFI N° 088/2009, confirmada parcialmente en Recurso de Revocatoria mediante Resolución Administrativa ASFI N° 235/2009 resuelve sancionar a Emilio Unzueta Zegarra y Juan Carlos Salgues Almaraz por los incumplimientos a los cargos 1, 2, 3 y 4.

De acuerdo a los cargos sancionados por las infracciones cometidas de acuerdo a la notificación de cargos; se colige que estos corresponden a:

**Cargo 1.-** *“Incumplimiento al Artículo 42º de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras al haberse evidenciado cobro de intereses en exceso, de acuerdo a los hallazgos contenidos en la evaluación de las Operaciones N° 1, 2, 3, 4, 5, y 6 del Informe de Inspección especial SB/ISR II /D-30522/2008 de 13 de junio de 2008 que*

se resume en el cuadro consignado en el numeral 4 del Capítulo IV del referido informe."

**Análisis al cargo 1.-** De lo transcrito ut supra se tiene que las infracciones corresponden a las operaciones 1 a la 6 debiendo revisar el tiempo en que fueron hechas éstas:

**Operación 1.** Corresponde a un desembolso en fecha 28 de agosto de 1995 (Primer desembolso) en el que se establecería el cobro de intereses en demasía y según la ASFI se habría realizado un débito no autorizado por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 30 de diciembre de 1996,

**Conclusión.-** Se tiene que la infracción que detecta la ASFI, habría sido cometida entre 20 de agosto de 1995 y 30 de diciembre de 1996. Habiendo transcurrido alrededor de 10 años de la denuncia presentada.

**Operación N° 2.-** En base a los datos del expediente administrativo el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** otorgó un crédito al Sr. Fernando Asbún Gamra de \$us. 6.5 millones (operación 2) para el pago de créditos anteriores, correspondientes al mismo deudor, que incluían tanto capital (\$us. 6.434.990) como intereses (\$us. 65.011). El contrato fue aceptado y firmado por el Sr. Asbún según testimonio N° 365/98 de fecha 24 de julio de 1998.

**Conclusión.-** La infracción determinada por la ASFI y en base a los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa sancionatoria, se efectivizó con la firma y consiguiente protocolización del Testimonio en la gestión 1998, cuando los intereses de un crédito anterior se capitalizaron para formar parte de la nueva deuda que ascendía a \$us. 6.5 millones, capitalizando intereses por un monto de \$us. 65.011; operación realizada y desembolsada en fecha 31 de julio de 1998. Por lo tanto habría transcurrido más de 8 años de la denuncia presentada

**Operación N° 3.-** Monto desembolsado de \$us. 3.250.000 en fecha 31 de diciembre de 1999 en la que la ASFI evidencia el incumplimiento sobre las operaciones crediticias al no contar con un sustento sobre la capacidad de pago del deudor generando un sobreendeudamiento del prestatario.

**Conclusión.-** De acuerdo al monto desembolsado y las operaciones que se fueron dando se tiene que fueron realizadas y comprendidas desde el 31 de diciembre de 1999 (desembolso de crédito) y 31 de marzo de 2003 que comprende un pago parcial de \$su 216.200, habiendo transcurrido un periodo de tiempo de alrededor de 3 años hasta la interposición de la denuncia.

**Operación N° 4.**- Monto desembolsado de \$us. 3.227.000 en fecha 31 de diciembre de 1999 en el que según la ASFI el Banco habría cobrado intereses corrientes a una tasa fija del 12% anual y 5% de interés por mora de acuerdo a contrato, sin embargo se habrían realizado tres cobros por mora después de 5 de junio de 2001 cuando entró en vigencia el Reglamento de Tasas emitido por la Ex Superintendencia.

**Conclusión.**- De ello se infiere que los tres meses posteriores a la puesta en vigencia del Reglamento de Tasas de Interés se realizaron tres pagos por mora; vale decir los meses julio, agosto y septiembre de 2001; habiendo pasado alrededor de 5 años de la denuncia.

**Operación N° 5.**- Montos desembolsados 31 de enero de 2002 por \$us 1.250.000 cada uno. El crédito con recursos de NAFIBO, el Banco reconoce un error de 19 cobros donde se sumó doblemente el 0.7%

**Conclusión.**- Al referir a 19 cobros mensuales, tenemos que estos fueron realizados mes a mes posterior el desembolso señalado por lo que desde la fecha del desembolso en concordancia con los pagos realizados llegando a ser el último cobro aproximadamente el mes de agosto de 2002; es decir alrededor de 4 años después de la denuncia presentada.

**Operación N° 6.**- Monto desembolsado en fecha 18 de mayo de 1999, donde la ASFI estableció el cobro de tasas diferentes a las pactadas, así como se habrían realizado débitos no autorizados en el que de acuerdo al informe se establecen diferentes fechas de movimientos de cuentas siendo la más actual un reprogramación de fecha 31 de marzo de 2003, es decir alrededor de 3 años y 11 meses antes de la denuncia.

**Cargo 2.**- *“Incumplimiento al Artículo 6° Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del reglamento de Tasas de Interés, al continuar aplicando tasas moratorias con posterioridad a la vigencia del nombrado Reglamento, de acuerdo con los hallazgos contenidos en la evaluación de las operaciones N° 4 y 5 del citado informe de inspección.”*

**Conclusión.**- Las operaciones 4 y 5 ya fueron desarrolladas en el análisis del cargo N° 1 por lo que corresponde remitirse a lo expresado.

**Cargo 3.**- *“Incumplimiento de la prohibición establecida en el Artículo 5°, Sección 3, Capítulo XVI, Título IX del reglamento de Tasas de Interés, al verificarse la evaluación de la operación N° 2, que dentro la operativa de reprogramación de*

créditos, el Banco capitalizó los intereses adeudados para posteriormente aplicar el monto otorgado al pago de las operaciones reprogramadas.”

**Conclusión.-** la infracción se refiere a lo establecido en la operación N°. 2 por lo que también ésta ya fue analizada líneas arriba corresponde su remisión a lo precedentemente glosado.

**Cargo 4.-**“Incumplimiento al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras al utilizar la cuenta 242.99 “Acreedores Varios” para el registro de pagos parciales de la cartera (cuenta contable CXPA 4000210033), cuando el referido Manual dispone que, cualquier cobro efectuado por este concepto, se debe acreditar en el numeral 131.00 “Cartera” inobservancia resultante de la evaluación de las operaciones 3, 6 y 8 contenidas en el informe de inspección.”

**Análisis del cargo.-** existiendo un análisis efectuado sobre las operaciones 3 y 6 corresponde evaluar la operación N° 8 del informe elaborado.

**Operación N° 8.-** Monto desembolsado de \$us. 189.000 en fecha 28 de diciembre de 2001 en el que se realizaron cobros con una Tasa de Referencia que no corresponde, así como omisiones incurridas por sus funcionarios; operación que fue reprogramada el 31 de marzo de 2003; 3 años y 10 meses antes de la denuncia presentada.

**Conclusión.-** Se tiene que a partir de la reprogramación de la deuda la infracción fue subsanada por el Banco debiendo tomar la fecha de la reprogramación efectuada (31 de marzo de 2003), para el cómputo de la prescripción habiendo transcurrido 3 años y 10 meses de la denuncia presentada.

### **1.2.1. Consideraciones legales.-**

De acuerdo a todo lo expresado y realizando una valoración del tiempo transcurrido se tiene que en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, respecto a las “infracciones” establecidas en el informe legal SB/ISR-II/D-30522/2008 de 13 de junio de 2008 y los cargos imputados a los presuntos responsables habrían transcurrido más de dos (2) años del hecho cometido y/o la infracción realizada, debiendo en consecuencia aplicar de forma taxativa lo dispuesto por el precitado artículo 79 de la Ley procesal administrativa debiendo declararse la prescripción de las infracciones establecidas en los cargos imputados a Emilio Unzueta Zegarra y Juan Carlos Salgues Almaraz, sin que este hecho conlleve a la no procedencia de la restitución de los intereses cobrados en demasía por parte del

Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en favor de su cliente Fernando AsbúnGamrra y más aún si este aspecto no ha sido impugnado.

## **2. SOBRE LOS ALEGATOS DE TERCERO INTERESADO.-**

Fernando AsbúnGamrra en su respuesta al Recurso Jerárquico interpuesto hace alusión a que los agravios expuestos por el recurrente deben necesariamente circunscribirse a los puntos que hayan sido resueltos por el inferior y que la prescripción invocada por el recurrente ya merecieron un pronunciamiento en la Resolución Administrativa ASFI No. 088/2009 habiendo sido rechazado y adquiriendo la ejecutoria absoluta puesto a la omisión hecha por el recurrente al no ser objeto de impugnación en el Recurso de Revocatoria interpuesto.

La prescripción es un instituto procesal que pone fin a un determinado procedimiento y que por la importancia de sus efectos este debe ser de especial pronunciamiento no pudiendo hacerse una simple alusión a dicho instituto sin definitivamente emitir dictamen expreso su procedencia o no.

Evidentemente la Resolución Administrativa ASFI N° 088/2009 en su parte considerativa la desarrolla, la considera realizando un análisis de los puntos expuestos por el administrado en la presentación de descargo llegando meridianamente a emitir una opinión sobre la misma.

Sin embargo y como se dijo anteriormente, la prescripción es un instituto jurídico que **merece especial pronunciamiento** y no solamente debe circunscribirse a formar parte de aspectos considerativos; sino que su pronunciamiento expreso previo análisis de hecho y de derecho, debe **ser resuelto** y por lo tanto estar inserto en la parte resolutive del acto administrativo; caso contrario su pronunciamiento no causa estado y simplemente se limita a formar parte de aspectos considerativos en una Resolución Administrativa.

En este contexto, el derecho que le asiste a reiterar la prescripción por parte del recurrente se encuentra plenamente vigente puesto que en instancia inferior no fue resuelta su pretensión, habiéndose emitido el Acto Administrativo sin la determinación de la procedencia o no de la prescripción.

Sin perjuicio de lo señalado, importa exhortar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a emitir sus actos en estricta sujeción legal, evitando la no resolución de las solicitudes de los administrados, conforme ocurrió en el presente caso.

### **3. SOBRE LA IMPUGNACIÓN RELACIONADA A LOS CARGOS 3 Y 4.-**

Al haber realizado un análisis objetivo sobre el instituto jurídico de la prescripción llegando a determinar la procedencia de esta en relación a las infracciones determinadas en los cargos 1, 2, 3, y 4; siendo de especial pronunciamiento; no corresponde a esta instancia jerárquica entrar a considerar el fondo de las impugnación de los cargos 3 y 4 al que hace referencia el recurrente.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43, literal b), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR** la resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

#### **RESUELVE:**

**ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 325/2009 de 13 de octubre de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; declarando la Prescripción de las infracciones establecidas en los cargos 1, 2, 3, y 4 en favor de Emilio Unzueta Zegarra y Juan Carlos Salgues Almaraz y dejando sin efecto el numeral 1° de la Resolución Administrativa ASFI N° 325/2009 de 13 de octubre de 2009 y numeral 1°, 2° y 4° de la Resolución Administrativa ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**







## **RECURRENTE**

LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**AP/DJ N° 145.2009 DE 29 DE OCTUBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2010 DE 12 DE FEBRERO DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA TOTALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2010**

La Paz, 12 de febrero de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.**, contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 145.2009, de fecha 29 de octubre de 2009 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 384 de fecha 4 de mayo de 2009, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 006/2010 de 3 de febrero de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 17 de noviembre de 2009 **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.** representada legalmente por los Sres. Alfonso Ibañez Montes y Luis Gonzales Torres tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 260/2008 de 30 de mayo de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 083 a cargo de la Dra. Carla Chávez Valencia del Distrito Judicial de la Paz, contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 145.2009, de fecha 29 de octubre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 384 de fecha 4 mayo de 2009.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 25 de noviembre de 2009 se ha admitido el Recurso Jerárquico presentado por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.

Que, mediante Autos de fecha 27 de noviembre se hizo un llamamiento a los terceros interesados dentro del Recurso Jerárquico presentado por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP/N° 384 DE 4 DE MAYO DE 2009.-**

Que, mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384 de 4 de mayo de 2009 la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dispuso:

#### **“ÚNICO.-**

*I. Aprobar Formulario de Fecha de Invalidez N° 039/2009 de fecha 24 de abril de 2009, emitido por la Unidad Médica Calificadora de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, correspondiente a la Afiliada señora Rosa María Prado Moya, con NUA 15750930.*

*II. El Formulario de Fecha de Invalidez N° 039/2009 de fecha 24 de abril de 2009, forma parte indivisible de la presente Resolución Administrativa.”*

### **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 28 de agosto de 2009, **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 384, de fecha 4 de mayo de 2009, argumentos que fueron expuestos en su totalidad en el Recurso Jerárquico.

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 145.2009 DE 29 DE OCTUBRE DE 2009.-**

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 145.2009 de 29 de octubre de 2009, se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384 de 4 de mayo de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

#### **“CONSIDERANDO:**

*Que, mediante memorial de 27 de agosto de 2009, recibido en fecha 28 de agosto de 2009, La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. interpone Recurso de Revocatoria contra la **R.A. 384/2009**, donde expresa los fundamentos que motivan su petitorio.*

*Que, es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP pronunciarse sobre los argumentos contenidos en el Recurso de Revocatoria planteado por el recurrente, el mismo que tiene como fundamentos principales los siguientes:*

- *'...Nótese que por efecto de ésta(sic) C 09/03 y a todos los efectos legales, la 'Fecha de Siniestro' aplicable al caso de la Señora Rosa Prado Moya debe ser y es igual a la "Fecha Aproximada de Siniestro' (13 de abril de 1999), que a su vez es la fecha que las AFP debieron consignar para todos los propósitos legales, en estricto apego a lo dispuesto por la C 09/03 .....*

*'... Es importante reiterar que ésta(sic) fecha de 13 de abril de 1999 establecida por la Autoridad reguladora, no proviene de un análisis o estudio originado en la tarea de nuestra sociedad, sino en un estudio de cada caso realizado por médicos habilitados en el SSO, que por disposición de la propia autoridad (repetimos) debió ser consignada por la AFP para todos los propósitos, como lo establece expresamente la C09/03 ...'.*

*Que, es innegable lo determinado por la Circular 009/2003 y sus Anexos, en cuanto a la Fecha de Invalidez, para el caso de la señora Rosa María Prado Moya, la misma que fue fijada como 13 de abril de 1999, sin embargo, considerando lo establecido en el Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre de 2004 y la Resolución Administrativa SPVS N° 331/2005 de 27 de abril de 2005, como la solicitud de Pensión por Invalidez de la Afiliada no se había pagado a la fecha de emisión de la mencionada resolución correspondía que el caso sea sujeto a la revisión de la Fecha de Invalidez.*

*Que, continuando con el análisis de los fundamentos contenidos en el Recurso de Revocatoria se tiene lo siguiente:*

- *“Efecto legal de las dos fechas, sólo se puede identificar cuando se analiza la fecha de Solicitud de Pensión, que fue realizada el 12 de junio de 2002. Si se toma como referencia la fecha de siniestro del 13 de abril de 1999, que es la*

fecha establecida por la autoridad reguladora, la Solicitud de Pensión fue realizada 38 meses después de la fecha de siniestro, sin embargo, si se toma en cuenta como fecha de Siniestro, la fecha establecida por la AFP en forma discrecional, sin ninguna base legal y en contradicción a lo que dispone la C09/03, el tiempo entre la fecha de siniestro y la fecha de Solicitud de Pensión se reduce a menos de 1 mes.

### **Caducidad de derecho**

El plazo de 36 meses dentro del cual debe ser ejercido el derecho en cuestión tiene gran relevancia, puesto que se trata de un elemento que se conoce técnicamente como un plazo de caducidad, luego del cual el derecho se extingue. Este concepto está definido en el Art'. 1514 del Código Civil Boliviano, cuando dice:

'... Art. 1514.- **(CADUCIDAD DE LOS DERECHOS)** .- Los derechos se pierden por caducidad cuando no son ejercidos dentro del término de perentoria observancia fijada para el efecto ...'

Entonces, la determinación de la fecha de siniestro es de suma importancia en este caso y dicha fecha de siniestro no pudo haber sido fijada por la AFP en una fecha distinta al 13 de abril de 1999 (como es la fecha de 17 de mayo de 2003 (sic), sin violar la Circular 09/2003...'

Que, en el caso que nos refiere la Fecha de invalidez, **(17 de mayo de 2002)** establecida por la Unidad Médica Calificadora de la AFP, fue objeto de revisión en cumplimiento al mandato expreso contenido en las disposiciones emanadas del Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre de 2004 y la Resolución Administrativa SPVS N° 331/2005 de 27 de abril de 2005, accionar que no obedece a la voluntad de la Autoridad Reguladora ni a la voluntad de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Que, del análisis y valoración de los fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria queda desvirtuado el argumento planteado por La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. al pretender alegar la caducidad, puesto que la caducidad es entendida como 'la pérdida de un derecho o acción, por no ejercerlos dentro del plazo y en las condiciones fijadas por la ley, asimismo en materia de caducidad de lo que propiamente se refiere más que de derechos subjetivos es de poderes jurídicos siendo que la caducidad se aplica generalmente no a los derechos propiamente dichos, sino más bien, a esas facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica,' aspectos que no han sucedido en el caso que nos refiere, siendo que el derecho y la facultad jurídica de la afiliada se mantienen firmes y subsistentes.

Que, con referencia a la extemporaneidad de la petición de revisión, la parte recurrente manifiesta losiguiente:

### **Extemporaneidad de la petición de Revisión**

- *'... Además de la violación de la C 09/03 por parte de la AFP, al fijar la fecha del siniestro al 17 de mayo de 2003 (sic) y no al 13 de abril de 1999, como lo dispone expresamente la citada Circular, la AFP omitió su obligación de solicitar a la autoridad reguladora, la revisión de la fecha de Invalidez, como era su obligación en su calidad de representante por efecto de la Ley, de su afiliada la Sra. Rosa Prado Moya...'*

*Nótese que el cumplimiento de la obligación que impone ésta (sic) norma no es abierto ni está librado a la voluntad de la AFP. Se trata de un plazo de perentoria observancia de 30 días, luego del cual toda revisión simplemente está 'fuera del plazo'*

*Una vez más estamos en presencia de un plazo del cual depende la extinción de un derecho, plazo que igualmente está regulado por el ya citado Art. 1514 del Código Civil Boliviano (caducidad de los derechos).*

*El derecho que asistía al afiliado para pedir la revisión de la fecha de siniestro a la SPVS y que debió haber sido ejercitado por la AFP, caducó luego de vencido el plazo de 30 días citado por la norma.*

*La obligación de representación de la AFP respecto de su afiliado, contenida en el Art 31 de la Ley de Pensiones N° 1732 de fecha 29 de noviembre de 1996, textualmente dice lo siguiente:*

*'... representar a los afiliados ante las entidades aseguradoras y autoridades competentes con relación a las prestaciones de invalidez muerte y riesgo profesional...'*

*Su autoridad. al dictar la Resolución Administrativa SPVS/IPN°384 de fecha 4 de mayo de 2009, por la cual se aprueba el Formulario de Fecha de invalidez N° 039/2009 de fecha 24 de abril de 2009, emitido por la Unidad Médica Calificadora de la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, que fija la Fecha de Siniestro al 11 de julio de 2002, no toma en cuenta que a la fecha de dicha aprobación el Derecho a la Revisión y el Derecho a la Petición de la Pensión ya había caducado y que los derechos originados en la misma ya no tenían existencia legal.*

*Por otro lado, es claro que los efectos adversos para la afiliada, originados en la caducidad de sus derechos, no pueden afectar a dicha afiliada sino que hacen nacer en contra de los responsables la obligación de reparar dichos daños, estos daños consisten en que quien ha omitido su deber como responsable de representar a la afiliada transfiera los recursos necesarios para financiar la obligación con la afiliada.*

Que, la parte recurrente señala, que la AFP omitió la obligación de solicitar a la autoridad reguladora la revisión de la Fecha de Invalidez en calidad de representante de la Afiliada Rosa María Prado Moya por efecto de la ley.

Que, al respecto en fecha 21 de octubre de 2008, la **ex-SPVS**, emitió la Notificación de Cargos SPVS N° 969/2008 de 21 de octubre de 2008, por el trámite de Pensión por Invalidez de la Afiliada señora Rosa María Prado Moya.

Que, concluido el proceso sancionatorio, la **ex-SPVS** emitió la Resolución Administrativa SPVS/IPN° 044 de 30 de enero de 2009, cuya parte resolutive indica:

“ ...

**ARTICULO 1º-** Sancionar a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Quinientos 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (\$us500,00) por infracción a lo dispuesto en el Artículo 19 de la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de 27 de abril de 2005, los incisos a), e) y s) del Artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

**ARTICULO 2.-**BBVA Previsión AFP S.A. en el plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles administrativos computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, deberá regularizar el trámite correspondiente a la Sra. Rosa María Prado Moya, conforme lo determina Resolución Administrativa SPVS N° 331 de 27 de abril de 2005 .... ”

Que, una vez notificada dicha Resolución Administrativa mediante memorial de fecha 20 de marzo de 2009, presentado ante la ex-SPVS el 25 de marzo de 2009, BBVA Previsión AFP S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 044 de 30 de enero de 2009 bajo el argumento contenido en el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, que da cuenta de la prescripción de infracciones y sanciones, a dos (2) años y a un (1) año, respectivamente.

Que, siendo que el fin de los actos del regulador es el cumplimiento de la normativa a la que estamos obligados por imperio de la Ley donde se encuentran inmersos los derechos de los Afiliados, la ex SPVS emitió la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 044 de 30 de enero de 2004, revocada parcialmente por la Resolución administrativa SPVS/IP/N° 345 de 04 de mayo de 2009.

Que, complementando el análisis anterior, es necesario remarcar que en materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción, es un instituto de orden público, por 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 los procesos sancionatorios concluyan de manera que no se prolonguen indefinidamente.

Que, por otra parte, se debe tener claro que si bien la facultad punitiva del ente regulador en el tema que nos refiere prescribió, tal como se pudo determinar en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 345/2009 de 04 de mayo de 2009, **las obligaciones de hacer que emergen de las conductas de los entes encargados de la Seguridad Social, adquieren un tratamiento independiente de las posibles infracciones ocasionadas por esas conductas, y si bien el hecho de que una infracción prescriba puede dar lugar a la imposibilidad de ser objeto de sanción, ello no implica que las obligaciones de la entidad (BBVA Previsión AFP S.A.) con relación a sus afiliados queden también prescritas** por lo tanto queda firme la obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión frente a su Afiliada Rosa María Prado Moya.

Que, este último punto constituye el fundamento de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 345/2009 de 04 de mayo de 2009, para que en su parte resolutive disponga:

**ARTÍCULO 1.-**Desestima sanción Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. imputada mediante nota de cargos 969/2008 de 21 de octubre de 2008.

**ARTÍCULO 2.-** BBVA Previsión AFP S.A. en el plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles administrativos computados **a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, deberá regularizar el trámite correspondiente a la Sra. Rosa María Prado Moya, conforme lo determina la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de 27 de abril de 2005' (negrilla y subrayado son nuestros)**

Que, en atención a las anteriores consideraciones queda desvirtuado el argumento de la Aseguradora cuando manifiesta que ha existido extemporaneidad de la petición de revisión, en razón a que acatando lo señalado en el Artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 044/2009, mismo que no fue modificado dentro de la Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV PR 2231/2009 de 10 de marzo de 2009 dirigida ala **Ex SPVS** presentó la documentación para la Solicitud de Revisión de Fecha de Invalidez, aspecto que fue de conocimiento de la Aseguradora en virtud a la notificación con el Auto de Admisión de fecha 23 de marzo de 2009, mediante nota SPVS/IP/DPC/608/2009 de 23 de marzo de 2009.

Que el recurrente asevera adicionalmente lo siguiente:

- o *'... Por otro lado, es claro que los efectos adversos para la afiliada originados en la caducidad de sus derechos, no pueden afectar a dicha afiliada, sino que hacen nacer en contra de los responsables la obligación de reparar dichos daños, estos daños consisten en que quien ha omitido su deber como responsable de representar a la afiliada transfiera los recursos necesarios para financiar la obligación con la afiliada...'*

*Que, la vía reglamentaria en materia de Pensiones contenida en el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en su artículo 289, establece que sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil, las sanciones administrativas impuestas por el ente regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados del SSO.*

*Que, por todo el análisis efectuado, el recurrente plantea su petitorio bajo los siguientes argumentos:*

*'...'*

#### **PETITORIO**

- *En base a lo anterior, y en apego al Art. 65 de la LPA. y del Art. 46 y siguientes del DS 27175, pedimos a Ud. pueda proceder a la Revocatoria de la Resolución Administrativa SPVS-IP 384 de fecha 4 de mayo de 2009, dejando sin efecto la aprobación de Formulario de Modificación de fecha de Invalidez N° 39/2009 de fecha 24 de abril de 2009, o en su defecto complementar dicho acto administrativo, estableciendo para el (los) responsables del daño causado a la afiliada la reparación del daño causado, y en caso contrario nos reservamos el derecho de interponer el recurso Jerárquico correspondiente...'*

*Que, en mérito a la revisión de los antecedentes del caso que nos refiere resulta importante establecer que en fecha 17 de abril de 2009, mediante nota SPVS/IP/DPC/824 la ex Intendencia de Pensiones, solicitó a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. envié a su Médico Calificador a la reunión a celebrarse el día 21 de abril de 2009, juntamente con la Unidad Médica Calificadora (UMC) de la **laex-SPVS** con el objeto de realizar la revisión de varios casos entre ellos, el de la Afiliada Rosa María Prado Moya.*

*Que, la Dra. Margarita Garnica, en representación de La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. manifestó su conformidad con la modificación de Fecha de Invalidez en el caso de la señora Rosa María Prado Moya, en consecuencia la parte recurrente entra en contradicción al solicitar se deje sin efecto la aprobación del Formulario de Fecha de Invalidez N° 039/2009 de fecha 24 de abril de 2009, siendo que expresamente se declara de acuerdo con dicha modificación tal como se puede evidenciar en el Acta N° 26 suscrita en fecha 21 de abril del año en curso.*

## **CONSIDERANDO:**

Que, mediante Auto de 11 de septiembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones- AP, dispone la notificación personal a la señora Rosa María Prado Moya con el memorial de Recurso de Revocatoria de fecha 27 de agosto de 2009, presentado en fecha 28 de agosto de 2009 por La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. para que se apersona y formule sus criterios o fundamentos con los mismos derechos que el recurrente en su calidad de Tercero Afectado.

Que, mediante memorial de 25 de septiembre de 2009, recibido en fecha 28 de septiembre de 2009, la señora Rosa María Prado Moya, formula sus criterios y fundamentos en relación al Recurso de Revocatoria interpuesto por La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A contra la **R.A. 384/2009**, y expresa los argumentos que motivaron su petitorio de la siguiente manera:

*'... Fundamentando la Recurrente la fecha de solicitud 12-junio-2002. y la fecha de siniestro a su criterio de 13 de abril de 1999. El propósito de esta diferenciación es simple y llanamente negarme el derecho a percibir una renta por invalidez que a la fecha se aproxima al 80% (ochenta por ciento), presuntamente porque mi derecho hubiese prescrito...'*

Que, resulta importante precisar que los Dictámenes de Invalidez constituyen un pronunciamiento técnico-pericial, para determinar el grado de pérdida de la capacidad laboral, que emerge de un análisis y estudio especializado, basado necesariamente en los antecedentes técnico médicos objetivos sobre la patología en estudio, para determinar la pérdida de la capacidad laboral o muerte ya sea por Riesgo Común, Riesgo Profesional o Riesgo Laboral.

Que, con relación al grado de invalidez al que se refiere la Afiliada corresponde aclarar que la pérdida de capacidad laboral establecida en el Dictamen N° 590/2002 de 20 de noviembre de 2002, es de quince por ciento (15%) de origen Profesional por Enfermedad.

Que, siguiendo con el análisis del memorial interpuesto por la señora Rosa María Prado Moya en su calidad de tercero afectado, se tiene losiguiente:

- *'... El art. 8 de la Ley de Pensiones N° 1732, establece como requisitos para tramitar una renta por invalidez: ser menor de 65 años, contar con 60 cotizaciones, la invalidez se produzca mientras son pagadas las primas o dentro un plazo de 12 meses desde que el afiliado dejo de pagar cotizaciones; requisitos que cumplo a cabalidad'*

Que, corresponde precisar que el Artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre

de 1996 de Pensiones se refiere a la Prestación de Invalidez por Riesgo Común, sin embargo, el caso de la Afiliada Rosa María Prado Moya, ha sido calificado como Riesgo Profesional por lo que no requiere el cumplimiento de los requisitos de cobertura indicados en la disposición normativa señalada.

Que, en el caso de análisis la Afiliada manifiesta lo siguiente:

- 'Producto del reclamo de la Vitalicia, la Unidad Médica Calificadora de la SPVS procedió a la revisión de la documentación remitida por la AFP, estableciendo como fecha de invalidez **el 11 de julio de 2002**, en cumplimiento a normas legales antes citadas, porque si no la hubiese rechazado, basándose en cualquier de las causales señaladas en el art 27 de dicho D.S. N° 24469, como dependiente de la Superintendencia de Pensiones, al tenor del Art. 300° de dicha norma...'

Que, el Formulario de Fecha de Invalidez N° 039/2009 fue emitido por la Unidad Médica Calificadora de la **ex-SPVS** y aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384 de 04 de mayo de 2009.

Que, la Unidad Médica Calificadora de la ex-SPVS procedió a la revisión de la Fecha de Invalidez del caso de la Afiliada Rosa María Prado Moya y emitió el mencionado Formulario N° 039/2009, en cumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 044/2009 de 30 de enero de 2009. Por tanto, la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 384 de 04 de mayo de 2009 no se emitió por reclamo de la entidad aseguradora, sino en cumplimiento al mandato expreso contenido en la normativa vigente.

Que, por otra parte, las causales de rechazo establecidas en el Artículo 27 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y mencionadas por la Afiliada, corresponden a trámites de Riesgo Común y no a Riesgo Profesional como es el caso que nos refiere.

Que, finalmente la Señora Rosa María Prado Moya asevera lo siguiente:

- ' .... Esta omisión me ha causado perjuicio económico y deterioro de mi salud como podrá comprobarse en un examen médico, dando lugar al resarcimiento de daños y perjuicios causados por tantos años de dejadez en la percepción de una renta que en derecho y justicia me corresponde; motivo por el cual pido a usted, disponer se proceda al cálculo del monto que debe resarcirme la AFP PREVISIÓN, en compensación a los daños y perjuicios causados desde la fecha de invalidez...'

Que, la Afiliada Rosa María Prado Moya, ha solicitado Pensión por Invalidez en fecha 12 de junio de 2002, su trámite ha sido calificado con quince por ciento

(15%) de incapacidad de origen profesional por enfermedad, y hasta la fecha la Afiliada no percibe la Indemnización Global que le corresponde.

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que, de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A, el ente regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan cambiar la ratio legis de la R.A. 384/2009, emitida por la **ex SPVS**. En consecuencia, debe confirmarse la misma, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "l. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total. cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida ... ' "

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 17 de noviembre de 2009, La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 145-2009, argumentado lo siguiente:

##### **"Antecedentes**

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP), en la parte considerativa de la RA 145, objeto de impugnación, reconoce en forma expresa no solamente los alcances de la Circular 009/2003, sino también los alcances del Decreto Supremo 27824 de fecha 3 de noviembre de 2004.

Estas normas arrojan los siguientes elementos claramente establecidos por la autoridad reguladora:

1. Con base en el Art 23 del Decreto Supremo 27824, la Fecha de siniestro corresponde a la fecha de invalidez o a la fecha de fallecimiento, en los casos en que se trata de invalidez o fallecimiento respectivamente. Esta norma establece en forma textual:

'...dichas fechas aplicarán para todos los efectos legales...'

*Debemos remarcar que la fecha en cuestión, debe ser consignada en el formulario de 'fecha de invalidez o fallecimiento' o en la fecha de presentación de la incapacidad sobre la base de antecedentes técnicos médicos.*

*Entonces, es claro que un elemento técnico médico cual es el contenido en el Dictamen Médico, tiene un efecto legal en el tiempo, pues establece una fecha de siniestro que en apego al Art. 23 antes citado, se aplica a todos los efectos legales.*

- 2. La fecha de siniestro es revisable, como sale de lo dispuesto por la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de fecha 27 de abril de 2005 y la petición de revisión, no es responsabilidad directa del afiliado sino de la Administradora de Fondos de Pensiones en representación del Afiliado, expresamente en relación a los casos que se encuentran pendientes de pago y/o sin cobertura.*

*La AP ha reconocido en forma expresa, con base en muy claros actos administrativos que a ésta fecha han causado estado formal administrativo, que la Administradora de Fondos de Pensiones omitió dicha obligación dentro de los plazos establecidos por la norma, por lo que está fuera de toda discusión el hecho de que la Administradora de Fondos de Pensiones no ejercitó el deber de representar a su afiliado y de pedir la revisión en los términos que son establecidos en la norma.*

*Esta fuera de toda discusión, el hecho de que la Administradora de Fondos de Pensiones omitió el cumplimiento de una obligación legal, por lo que independientemente de si se le sanciona o no en la esfera administrativa (en este caso se levantó toda sanción contra la AFP) es muy obvio que debe asumir las responsabilidades patrimoniales que dicha omisión acarrea, mucho más si las mismas ocasionan un daño a uno de sus afiliados quien no tuvo ninguna participación ni posibilidad de reconocer el grado del perjuicio que sufriría por la negligencia de la AFP y menos tuvo conocimiento del régimen de los plazos y de los efectos que una omisión de esta naturaleza tendría en sus derechos a percibir una pensión*

*Debemos remarcar que dicha omisión, o los efectos ocasionados por dicha omisión, no pueden ser imputados de ninguna manera a nuestra sociedad, debido a que simplemente nuestra sociedad no tiene ni tuvo representación alguna del afiliado potencialmente perjudicado y no tiene ni tuvo participación alguna en los hechos que actualmente han perjudicado a una afiliada.*

En consecuencia, coincidimos plenamente con la AP en el hecho de que el origen central del caso en cuestión, se remite a un acto de omisión del ejercicio de la representación de un afiliado por parte de la AFP, lo que ocasionó que la fecha de siniestro no fuera objeto de revisión, lo que a su vez derivó en la aplicación de principio de que la fecha se (sic) siniestro sea aplicada 'a todos los efectos legales' como lo establece el Art. 23 del Decreto Supremo 27824 de fecha 3 de noviembre de 2004.

A pesar de que la AP ha reconocido que existía la posibilidad de revisión de la fecha de siniestro de un caso pendiente de pago, como lo han hecho varios pronunciamientos administrativos expresos, y de haber reconocido que la revisión no se pidió dentro de los plazos que establece la Ley, la AP omite considerar los efectos de dichos actos administrativos formales.

La AP no toma en consideración el hecho de que la fecha de siniestro no fuese revisada por negligencia de la Administradora de Fondos de Pensiones, inevitablemente origina un perjuicio para la afiliada y un efecto legal (por ese perjuicio a la afiliada), en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones, el cual no es simplemente una sanción administrativa (multa), la que en éste caso ni siquiera fue pagada, ya que fue dejada sin efecto por la misma autoridad reguladora, por haber sido impuesta fuera del plazo que establece la ley (multa prescrita).

En base a la verdad material administrativa establecida en el proceso sancionatorio iniciado y concluido en contra de la AFP, se estableció la evidencia de la omisión de una obligación, pero al mismo tiempo se omitió en lo absoluto disponer la forma en la cual los daños ocasionados por dicha omisión debían ser reparados por el causante de los mismos.

Esta omisión, no es imputable a nuestra sociedad de un modo tal que nuestros actuales reparos al pago estuvieran ocasionando un perjuicio a la afiliada. Nuestros reparos se basan en el hecho de que la omisión por parte de la autoridad reguladora de ajustarse a la norma al resolver el caso y no imponer sobre la Administradora de Fondos de Pensiones las sanciones complementarias correspondían.

La AP omite el hecho de que en fecha 27 de enero de 2003, la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (actualmente desaparecida) dictó la Circular SPVS- IP-009/2003 ('C 09/03') en la cual se establecen los alcances que regulan la forma de establecer las fechas de siniestro, para un grupo de casos citados en el anexo de dicha norma:

*'...Tomar como **fecha de siniestro** la '**fecha aproximada**' de siniestro consignada en los listados adjuntos a la presente circular como Anexo 1. Estas fechas fueron **determinadas a través de un estudio de cada caso realizado por médicos habilitados en el SSO** por lo que éstas **son las** fechas que deben consignar las AFP **para todos los propósitos** ..'... Anexo 1 ' 5750930 **Prado Moya Rosa María..**' ...Fecha de solicitud 12-jun- 02 "...'" ... fecha de nacimiento 06-nov-66...'... **Fecha aproximada de siniestro 13- Apr-99...**'*

*Reiteramos que por efecto de ésta C 09/03 y a todos los efectos legales, la 'Fecha de Siniestro' aplicable al caso de la señora Rosa Prado Moya ('RMPM'), debe ser y es igual a la 'Fecha Aproximada de Siniestro' (13 de abril de 1999), que a su vez es la fecha que las AFP debieron consignar para todos los propósitos legales, en estricto apego a lo dispuesto por la C09/2003.*

*Es importante remarcar también, que la fecha de 13 de abril de 1999 establecida como la fecha de siniestro para el caso de la Sra. RMPM, no es un 'rango,' como sucede con otros casos establecidos en el mismo Anexo 1 de la misma C 09/03, los cuales solamente hacen referencia a un mes y un año sin especificar ni precisar una fecha. En el caso de la Sra. RMPM la fecha es puntual y precisa al 13 de abril de 1999.*

*También se debe enfatizar que ésta fecha, 13 de abril de 1999, debió ser consignada por la AFP para todos los propósitos, como expresamente lo establece la C09/03.*

*Esta fijación de la Fecha de Siniestro por parte de la Autoridad reguladora, mediante pronunciamiento formal textual (la Circular 09/2003), tiene un carácter que técnicamente se denomina 'ex lege'. Esto significa que no se trata de una mera opinión o recomendación de la autoridad reguladora para que respecto del caso de la señora RMPM, se establezca como Fecha de Siniestro el 13 de abril de 1999. Lo que sucede es que se trata de una disposición que impone la obligación por parte de la AFP de consignar dicha fecha 'a todos los propósitos'*

*Esta circular, fue aclarada por una Circular posterior N° SPVS-IP-011/03 de fecha 3 de febrero de 2003, respecto de cuestiones relativas exclusivamente a la forma de manejo, interpretación, alcance y 'elasticidad' de los rangos (regla que no es aplicable al caso que nos ocupa).*

*Inclusive en el caso de los 'rangos', la flexibilidad ha sido expresamente regulada al establecer los periodos de tiempo 'dentro' de los cuales deben y pueden realizarse las fijaciones de las fechas de siniestro.*



*Es decir que no era posible para la AFP, fijar un siniestro fuera de dichos rangos y menos modificar una fecha precisa de siniestro, establecida en forma expresa por la Autoridad Reguladora, mediante circular (que es naturalmente expresa), como sucede con el caso de la Señora RMPM.*

*Reiteramos que en el caso que nos ocupa, la fecha de 13 de abril de 1999 es precisa e incontrastable, y es esa la fecha de siniestro establecida para el caso de la Sra. RMPM, por la Autoridad Reguladora y no por nuestra sociedad.*

*En otras palabras, en la imposible hipótesis de que estuviéramos hablando de un rango, nunca podría haberse asumido que el rango correspondiente al 13 de abril de 1999, alcanzara nada menos que a 49 meses alrededor de dicha fecha, de tal manera que se pudiera fijar como nueva fecha de siniestro el 17 de mayo de 2002 o hasta el 11 de julio de 2002.*

*Es importante reiterar que ésta fecha de 13 de abril de 1999 establecida por la Autoridad reguladora, no proviene de un análisis o estudio originado en la tarea de nuestra sociedad, sino en un estudio de cada caso realizado por médicos habilitados en el SSO, el año 2003 o antes, que por disposición de la propia autoridad (repetimos) debió ser consignada por la AFP para todos los propósitos, como lo establece expresamente la C09/03.*

*Es claro que la determinación de la fecha de siniestro establecida al 13 de abril de 1999, proviene de un grupo de profesionales médicos especialmente autorizados y habilitados para emitir una opinión profesional en la materia, como producto de la cual se determina nada menos que una fecha de siniestro.*

*Luego de la revisión del expediente por parte de nuestro Asesor Médico, su informe profesional, arrojó un resultado distinto, estableciendo como fecha de siniestro el 14 de enero de 1999, es decir, nada más que tres meses antes de la fecha originalmente establecida en la C09/03, como fecha de siniestro.*

*De lo anterior, tenemos dos fechas, la primera el 13 de abril de 1999, que es la fecha establecida por la Autoridad reguladora por medio de una circular expresa (la C09/03) que es la fecha que debió ser consignada por la AFP a todos los propósitos (como expresamente lo dispone su texto) y a la fecha del 14 de enero de 1999, que es la fecha originada en el análisis de nuestro profesional médico.*

*Sin embargo fuera de los alcances de la C09/03, surge una tercera fecha, la cual fue establecida por la AFP de manera completamente discrecional y sin ninguna*

base legal. Esta Fecha fue fijada el 17 de mayo de 2002 como la nueva fecha del siniestro.

Como se recordará, la AFP, por disposición expresa de la C09/03, sólo podía tomar como fecha de siniestro el 13 de abril de 1999 y no fijar una nueva fecha, como lo enfatizó y remarco en su nota JNP EXT 505-03 de fecha 15 de abril de 2003, dirigida a La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.

El efecto legal de cualquiera de los dos primeros casos, sólo se puede identificar cuando se analiza la fecha de Solicitud de Pensión, que fue realizada el 12 de junio de 2002.

Si se toma como referencia la fecha del 14 de enero de 1999 que es la fecha establecida por la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A la Solicitud de Pensión fue realizada 41 meses después del siniestro

Si por el contrario, se toma como referencia la fecha del 13 de abril de 1999, que es la fecha establecida por la autoridad reguladora, la Solicitud de Pensión fue realizada 37 meses después de la fecha del siniestro.

Sin embargo, si se toma la fecha de Siniestro, la fecha establecida por la AFP en forma discrecional, sin ninguna base legal y en contradicción a lo que dispone la C09/03, el tiempo entre la fecha del siniestro y la fecha de la Solicitud de Pensión se reduce a menos de 1 mes

La AP no tomó en cuenta el alcance de éste argumento en la resolución objeto de impugnación.

### **Falta de consideración del argumento de la Caducidad del Derecho**

Los 36 meses dentro del cual se debe ser ejercido el derecho en cuestión por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones en representación de la Afiliada, tiene gran relevancia, puesto que se trata de un elemento que se conoce únicamente como un plazo de caducidad, luego del cual el derecho se extingue. Este concepto está definido en el Art 1514 del Código Civil Boliviano, cuando dice:

‘Art.1514.- (CADUCIDAD DE LOS DERECHOS).- Los derechos se pierden por caducidad cuando no son ejercidos dentro el término de perentoria observancia fijada para el efecto...’

Entonces, la determinación de la fecha de siniestro es de suma importancia en éste caso y dicha fecha de siniestro no pudo haber sido fijada por la AFP en una fecha distinta al 13 de abril de 1999 sic (como es la fecha del 17 de mayo de 2003), sin violar la Circular 09/2003.

Tampoco pudo haberse basado en la Circular SPVS- IP-011/2003 de fecha 3 de febrero de 2003, debido a que dicha norma expresa, alcanza solo a:

'...los casos en los cuales la fecha aproximada de siniestro corresponde a un rango y no a una fecha exacta'

Reiteramos que en el caso que nos ocupa, no solo se consigna una fecha exacta e indubitable que es el 13 de abril de 1999, sino que inclusive si se hubiera aplicado las reglas existentes para la aplicación de los rangos, el alcance de dichos rangos nunca es tan grande como para alcanzar a varios años.

La AP nuevamente pretende, en la resolución impugnada, pasar por alto este hecho con lo que, como efecto, se exime a la Administradora de Fondos de Pensiones de asumir la reparación del daño ocasionado a la afiliada por su omisión, originando como efecto, que dicho daño sea reparado por el Estado o peor aún por nuestra sociedad, constituyendo o aportado (sic) los recursos necesarios para el pago de la pensión de la afiliada y creando una situación en la cual parecería que la posición de nuestra sociedad en perjuicio de la afiliada, no tiene fundamento legal sólido.

**Falta de consideración de la extemporaneidad de la petición de la Revisión de la fecha del siniestro por un Acto de negligencia no imputable a la afiliada**

La AP no consideró que además de la violación de la C09/03 por parte de la Unidad Médica Calificadora de la AFP, al fijar la fecha de siniestro al 17 de mayo de 2003 y no al 13 de abril de 1999, como lo dispone expresamente la citada Circular, la AFP omitió su obligación de solicitar a la autoridad reguladora, la revisión de la fecha de Invalidez, como era su obligación en su calidad de representante por efecto de la ley, de su afiliada la Sra. RMPM

Tampoco hace siquiera citar el hecho de que el plazo para la revisión de la fecha de invalidez se encuentra regulado en forma muy clara y específica por la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de fecha 27 de abril de 2005 que dice en su art. 19 lo siguiente:

'.... en un plazo **no mayor a 30 días** calendario a partir de la fecha de notificación de la presente resolución administrativa, la AFP, **en representación**

**del afiliado deberá solicitar la revisión de fecha de siniestro a la SPVS de los casos que a la fecha de emisión de la presente resolución se encuentran pendientes de pago y/o sin cobertura...'**

Nótese que el cumplimiento de la obligación que impone ésta norma no es abierto ni esta librado a la voluntad de la AFP. Se trata de un plazo de perentoria observancia de 30 días, luego del cual toda revisión simplemente está 'fuera de plazo'

La AP no interpreta la norma con el sentido que textualmente tiene y parecería que simplemente se limita a sostener que la regla de la Resolución Administrativa N° 331, fue modificada o es susceptible de modificación en cualquier momento, inclusive si dicha modificación implicará hacer desaparecer toda responsabilidad sobre la AFP para hacer recaer sobre terceros que no tuvieron ninguna participación en los actos de negligencia de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, por un acto al que no le asignamos un carácter subjetivo (dolo) sino un mero descuido (culpa) que no puede dejar de tener efectos legales, mucho más si los mismos se traducen en la obligación de reparar un daño ocasionado por dicho acto de omisión.

No es que estamos en presencia de un plazo del cual depende la extinción de un derecho, plazo que igualmente es regulado por el ya citado Art. 1514 del Código Civil Boliviano (caducidad a los derechos)

El derecho que asistió al afiliado para pedir la revisión de la fecha de siniestro a la SPVS y que debió haber sido ejercitado por la AFP, caducó luego de vencido el plazo de 30 días citado por la norma.

La obligación de representación de la AFP respecto de sus afiliados contenida en el Art. 31 de la Ley de Pensiones N° 1732 de fecha 29 de noviembre de 1996, textualmente dice lo siguiente:

*'... representar a los afiliados ante las entidades aseguradoras y a autoridades competentes con relación a la prestación de invalidez muerte y riesgo profesional...'*

No se trata de una representación nacida de la voluntad de las partes, que estuviera plasmada en un 'poder de representación' otorgado por el afiliado. Esta representación se basa en la disposición legal, que impone a la AFP a cumplir un rol de representante del afiliado, con todas las atribuciones y todos los efectos legales que ello supone.

*De lo anterior, se notará que estamos en presencia de dos actos que han sido ejercitados fuera de plazo de caducidad que generan responsabilidad para el obligado, efectos que no pueden ser dejados de lado, pretendiendo encontrar mecanismos extralegales que eximan a los responsables en sus efectos.*

*La solicitud de Pensión, la cual fue fechada luego de transcurrido el plazo de 36 meses previsto por la norma para una solicitud de esa naturaleza, está claramente fuera de dicho plazo. La fecha de siniestro proviene de una disposición legal de obligatoria observancia y no de una posición subjetiva de nuestra sociedad.*

*La petición de revisión de la Fecha de Siniestro, que simplemente fue completamente omitida por la AFP, haciendo que el derecho de petición de revisión igualmente haya caducado.*

*La AP, al dictar la Resolución Administrativa N° 145/2009 que ratifica en todas sus partes la Resolución Administrativa 384, por el cual se aprueba el Formulario de fecha de Invalidez N° 039/2009 de fecha 24 de abril de 2009, emitido por la Unidad Médica Calificadora de la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, que fija a fecha de siniestro al 11 de julio de 2002 no toma en cuenta que a la fecha de dicha aprobación, el Derecho la Revisión y el Derecho a la Petición de la Pensión ya habían caducado y que los derechos originados en las mismas ya no tenían existencia legal.*

*Tampoco toma en cuenta que la responsabilidad por la omisión de la Administradora de Fondos de Pensiones, no puede afectar a terceros, como nuestra sociedad al pago de una pensión para la cual no existen los recursos suficientes, debido a la múltiple violación de los principios descritos brevemente en éste recurso. Es importante hacer notar que las reservas de casos pendientes transferidas a nuestra sociedad el año 2001, obedecen a una probabilidad de pago y a que los casos reúnan las condiciones legales establecidas en la norma, por lo que la referencia a que por el hecho de haberse transferido una reserva pendiente el caso tuviera que ser pagado por nuestra entidad sin que éste reúna las condiciones legales carece de sustento jurídico y técnico.*

*Por otro lado la caducidad de los derechos de la afiliada, no es imputable a la negligencia de ésta por lo que los efectos adversos no pueden afectar su calidad de titular de una pensión. Sin embargo, no se puede imputar al Estado o a un tercero, la responsabilidad de reparar el daño originado en la omisión de ejercitar el derecho por cuenta de la afiliada. Menos se puede otorgar a la norma efectos que no prevé de modo que el responsable de la omisión quede liberado de dicha reparación.*

## PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art 52 y siguientes del DS 27175, interponemos Recurso Jerárquico en contra de la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 145 de fecha 29 de octubre de 2009, que ratifica el contenido de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 384 de fecha 4 de mayo de 2009, la cual aprobó el formulario de Modificación de fecha de Invalidez N° 39/2009 de fecha 24 de abril de 2009”

### 5. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS

Mediante memorial presentado el 10 de diciembre de 2009, Rosa María Prado Moya presenta alegatos, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros argumentando lo siguiente:

#### **“CUESTIONES DE HECHO**

*En el plazo establecido en el artículo 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo me permito responder al Recurso Jerárquico planteado.*

*Sin entrar a analizar todo el contenido de su extensa redacción, que no tiene exposiciones de derecho, como debe ser un Recurso Jerárquico, puesto que el relato que hace, solo busca confundir a su autoridad, me concentrare en aquello que considero susceptible de respuesta para desvirtuar sus aseveraciones.*

*En forma reiterativa dicen que la fecha de siniestro es el 19 de abril de 1999, y la fecha de mi solicitud el 12 de junio de 2002, con lo que pretenden demostrar que pasaron los 36 meses, motivo por el cual, en ciertas partes de su recurso, emplean el término caducar ó prescribir; haciendo referencias a artículos del Código Civil, que no tienen aplicación en materia social, como en el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo. **La prescripción; se refiere a la substancia del derecho, mientras que la caducidad, se refiere al procedimiento, es perentoria y cabe proponerla ‘in liminilitis’.***

*Para determinar la fecha del siniestro, se basan en la Circular SPVS- IP-009/2003 (C 09/03).*

*A criterio de la parte recurrente, la fecha de 13 de abril de 1999, es la fecha de siniestro. **Acá señor Viceministro debo enfáticamente desmentir lo anterior, la pérdida auditiva que sufro no es a causa de un siniestro o sea de un accidente; sino de, una enfermedad profesional que como muy bien lo define el art. 2 de la Ley de Pensiones y se da como consecuencia de ‘la pérdida de capacidad para el trabajo de forma paulatina’ y, que tiene como consecuencia el trabajo quedesarrollaba como telefonista en la Caja de Salud de la Banca Privada, duranteaños. Lo anterior se encuentra claramente determinado por el art. 30 del***

**Código de Seguridad Social 'El empleador debe comunicar a la Caja en el término de 24 horas el siniestro ocurrido, concordante con el art. 119 del RCSS. Indican que la fecha 13 de abril de 1999, ha sido establecida por la autoridad reguladora. Tremenda falacia, porque la autoridad reguladora, en ese entonces la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, no establece dicha fecha. Conclusión sembrar confusión con interpretaciones erróneas y antojadizas.**

Debo poner de relieve señor Viceministro, que la entidad aseguradora recurrente, en su afán de justificar lo injustificable, incluye otra fecha de siniestro 14 de enero de 1999, fijada por su profesional médico. **¿Qué Ley, o norma faculta a una entidad aseguradora establecer fecha de siniestro con fuerza coercitiva para que la misma sea considerada?**

Dicen que la fecha de siniestro establecida por la AFP, de 17 de mayo de 2002 es discrecional, sin base legal y en contraposición a la Circular C09/03. Reduciéndose a menos de un mes, entre la fecha de siniestro y, la de solicitud.

Continúan en su pretendido análisis, que al tenor de lo dispuesto por el Artículo 1514 del Código Civil Boliviano, no podía ser el Argentino, 'los derechos se pierden por caducidad cuando no son ejercidos dentro el término perentorio...'

**Si entendemos por caducidad de acuerdo con lo que éste término significa en Seguridad Social, es la pérdida temporal de un derecho, mientras que la prescripción es la pérdida definitiva de un derecho. Por lo anterior la caducidad no es aplicable a mi caso, menos la prescripción.**

El recurrente en su memorial dice: La AP al dictar la Resolución Administrativa N° 145/2009 que ratifica en todas sus partes la Resolución Administrativa 384, por la cual se aprueba el Formulario de fecha de Invalidez N° 039/2009 de 24 de abril de 2002, emitido por la Unidad Médica Calificadora de la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros.

**Señor Viceministro por su intermedio, me permito recordar a la entidad aseguradora, que el determinar la fecha de invalidez, es facultad de la Unidad Médica Calificadora de la que fue Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros. Art. 53 Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997. No creo que la Compañía de Seguros pretenda que se tome la fecha de su médico profesional, que es a todas luces consecuente con quien le paga sus honorarios.**

## **CUESTIONES DE DERECHO**

Mediante memorándum s/n de 25 de febrero de 2002, la Caja de Salud de la Banca Privada 'Regional La Paz', a partir del 1 de marzo de 2002, prescinde de mis servicios de conformidad a lo establecido por el Art. 55 del D.S. 21060.

En fecha 22 de mayo de 2002, entrego al Administrador Regional de la Caja de Salud Bancaria Privada, el formulario de la AFP PREVISIÓN 'BBVA', solicitando autorice a quien corresponda el llenado respectivo. Informe recepcionado en fecha 3 de junio de 2002.

La Unidad Médica Calificadora de la AFP, estableció la fecha de inicio de Invalidez el 17 de mayo de 2002.

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384, de 4 de mayo de 2009, aprueba modificación de fecha de invalidez de acuerdo a 'Formulario de Invalidez' N° 039/2009, el mismo que según el art. 24 del D.S. N° 27824 de 3 de noviembre de 2004, determina como fecha de invalidez el **11 de julio de 2002**.

La Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, es clara cuando expresa que aquellas solicitudes de invalidez serán atendidas por las Administradoras de Fondo de Pensiones, de todos aquellos surgidos con posterioridad a su vigencia, o anteriores si no hubiesen sido tramitadas en el antiguo régimen de prestaciones. Art. 23 Decreto Supremo N° 24469.

'LA VITALICIA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A'., arguye que la fecha de siniestro de 17 de mayo de 2002, establecida por la AFP, no tiene ninguna base legal, pero sí la 'C09/03', emitida en fecha 27 de enero de 2003, la misma se aplica hacia solicitudes presentadas después de esa fecha y; no anteriores como es mi caso, reconocido por la recurrente, 11 de julio de 2002.

Si bien en materia social las leyes tiene efecto retroactivo, es solo cuando la Ley lo señala expresamente y no, una Circular de la ex SPVS, que no entra en la escala jurídica, cual es la preeminencia de la Ley, sobre otras normas de menor rango.

Como establece el art. 410 parágrafo II, de la Constitución Política del Estado 'La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa'.

El dictamen emitido por la Comisión de Calificación de Grado de Invalidez, fue elaborado por la Unidad médica Calificadora en cumplimiento del art 297 del D.S. N° 24469, estableciendo como fecha de invalidez **el 11 de julio de 2002** como dependiente de la Superintendencia de Pensiones, al tenor del Art 300 de dicha norma.

## **RESUMEN**

El Recurso Jerárquico de " LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.", se basa en que para ella la fecha de inicio de siniestro es 13 de abril de 1999, fecha no establecida por ninguna entidad médica, sino sólo por la Compañía



Aseguradora recurrente y, no el 11 de julio de 2002; basándose para ello en la Circular emitida por la SPVS de 27 de enero de 2003 ('C 09/03') Además continúa la fecha de solicitud al ser 12 de junio de 2002 y, la de siniestro de 13 de abril de 1999, pasan más de 36 meses por lo que mi derecho habría caducado, según la recurrente.

De mi parte demostré mediante documentos que cursan en obrados que fui retirada de la Caja de Salud de la Banca Privada, el 1 de marzo de 2002 mediante memorándum.

Del Certificado médico N° 853930 emitido por el Ente Gestor de Salud en función a la cual la Unidad Médica Calificadora, estableció la fecha de invalidez 17 de mayo de 2002; no transcurren más de 3 meses, encontrándose en el plazo previsto por el artículo 60 del Decreto Supremo N° 24469.

#### **PETITORIO**

El Art. 60 del Decreto Supremo 24469 dispone que el trabajador debe presentar la solicitud de invalidez en el plazo de 12 meses, a partir de la fecha en que el Ente Gestor de Salud (Caja de Salud de la Banca Privada) determine que la atención curativa ya no procede y que la afectación o desorden es permanente e irreversible.

Demostrado con el certificado médico emitido por la CSBP.

El art 24° del Decreto Supremo 27824, autoriza al Tribunal Médico fijar la fecha de invalidez, requisito cumplido según Formulario de Invalidez N° 039/2009, que Ningún Tribunal Médico establece como fecha de invalidez el 13 de abril de 1999 como pretende demostrar el recurrente de acuerdo a la Circular 'C 09/03'.

En mérito a los alegatos de derecho, pido a usted señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, CONFIRMAR la Resolución Administrativa N° 145/2009 de 29 de octubre de 2009.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a

continuación.

## **1. ANTECEDENTES.-**

A efectos de ingresar a compulsar los argumentos de derecho que **LAVITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** ha presentado con la interposición del Recurso Jerárquico planteado, previamente nos remitiremos a algunos antecedentes de los procesos administrativos relacionados y aquel que dio lugar al proceso del caso de autos.

### **1.1 Proceso administrativo sancionador.-**

En fecha 20 de noviembre de 2002, la Unidad Médica Calificadora de BBVA Previsión AFP S.A., emitió Dictamen N° 590/2002 correspondiente a la afiliada Rosa María Prado Moya, quien tendría (15%) de pérdida de la capacidad laboral de origen profesional por enfermedad, estableciendo como fecha de invalidez el 17 de mayo de 2002

La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., comunicó a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A., que de acuerdo a la revisión médica realizada por su asesor médico la fecha de invalidez de la Sra. afiliada Rosa María Prado Moya correspondería al 14 de enero de 1999, así como lo establece la Circular SPVS – IP-009/2003.

La Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. conforme la RA SPVS N° 331/2005 de 27 de abril de 2005, debió solicitar la revisión de fecha de siniestro de aquellos casos que se encuentren pendientes de pago y/o sin cobertura generadas por la fecha de siniestro calificada, encontrándose dentro de estos el caso de la afiliada Rosa María Prado Moya.

Que a consecuencia de este hecho, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Ex SPVS), inicia procedimiento sancionador contra la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. por incumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 19 de la Resolución Administrativa SPVS N° 331/2005 por el caso de a la afiliada Rosa María Prado Moya.

La Ex SPVS en el marco de sus atribuciones emitió Resolución Administrativa SPVS N° 44 de 30 de enero de 2009 mediante la cual se dispuso:

**“Artículo 1 Sancionar a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A con una multa en Bolivianos equivalente a quinientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$us 500.00) por infracción a lo dispuesto en el Artículo 19 de la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de 27 de abril de 2005, los incisos a), e) y s) del artículo 31 de la ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997**

**Artículo 2 BBVA Previsión AFP SA. en el plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles administrativos computados a partir de la notificación con la presente**

*Resolución Administrativa, deberá regularizar el trámite correspondiente a la Sra. Rosa María Prado moya, conforme lo determina la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de 27 de abril de 2005."*

Que, posteriormente la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. presenta Recurso de Revocatoria ante la Ex SPVS, la misma que determinó a través de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 345 de 4 de mayo de 2009, Revocar Parcialmente la Resolución Administradora SPVS/IP/N° 044 de 30 de enero de 2009, modificándose de la siguiente manera:

**"Artículo 1.-** *Desestima sanción a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A., imputada mediante nota de cargos 969.2008 de 21 de octubre de 2008.*

**Artículo 2** *BBVA Previsión AFP SA. en el plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles administrativos computados a partir de la notificación con la presente Resolución debería regularizar el trámite correspondiente a la Sra. Rosa María Prado Moya conforme lo determina la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de 27 de abril de 2005."*

Nótese en el presente caso que la decisión de revisar la fecha de invalidez de la Sra. Rosa María Prado Moya corresponde al proceso administrativo sancionador, proceso que era de conocimiento de la Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A como tercero interesado, cual consta en la notificación practicada el 04 de marzo de 2009 con la Resolución Administrativa SPVS N° 44 de 30 de enero de 2009.

Dicho esto se tiene que el proceso administrativo concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 345 de 04 de mayo de 2009, sin que esta sea objeto de recurso ulterior tanto por BBVA Previsión AFP S.A. como por parte del tercero interesado: La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. por lo que adquirió firmeza en sede administrativa.

## **1.2 Revisión de fecha de invalidez (Caso de autos).-**

En fecha 4 de mayo de 2009, mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384 de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobó el Formulario de Fecha de Invalidez N° 039/2009 correspondiente a la Afiliada señora Rosa María Prado Moya, con NUA 15750930.

El 28 de agosto de 2009, **LAVITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, interpuso Recurso de Revocatoria, contra la citada Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384.

En fecha 29 de octubre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emite la Resolución Administrativa AP/DJ N° 145.2009, que resuelve el Recurso de Revocatoria planteado por la **LAVITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

**LAVITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, interpone Recurso Jerárquico el 17 de noviembre de 2009, contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 145.2009.

## **2. DEL CASO DE AUTOS.-**

Como se advirtió de la relación de hechos realizada en el numeral anterior, existen dos procesos administrativos, uno sancionatorio y otro recursivo por la calificación de la fecha de invalidez.

El segundo proceso, que es el que nos ocupa correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.** contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 145.2009 de fecha 29 de octubre de 2009 misma que confirma la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384 de 4 de mayo de 2009 y aprueba el Formulario de Fecha de Invalidez N° 039/2009 de fecha 24 de abril de 2009 emitida por la Unidad Médica Calificadora de la Ex SPVScorrespondiente a la afiliada Rosa María Prado Moya.

Que, el presente recurso versa justamente sobre la caducidad del derecho que tendría la Sra. Rosa María Prado Moya para solicitar la revisión de la fecha de siniestro, de igual modo el recurrente alega la extemporaneidad de la petición de Revisión de la fecha de siniestro y la obligación de la AFP de reparar el daño, por el incumplimiento determinado en el proceso sancionatorio.

Como se ha podido observar, los argumentos del recurrente versan la determinación adoptada por la EX SPVS en el proceso administrativo sancionador, ahora firme en sede administrativa, ya que el derecho a revisión no se da a partir de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 384 de 4 de mayo de 2009, sino la misma ya da cumplimiento a un acto ejecutoriado, es decir que no mereció impugnación alguna.

Al respecto el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no se encuentra facultado a pronunciarse, ya que carece de competencia, sobre decisiones que a la fecha ya fueron juzgadas en otro proceso administrativo y se encuentran firmes en sede administrativa.

Si bien es cierto que el presente proceso fue a consecuencia de la decisión adoptada por el proceso sancionador, esto no significa que se trate de un mismo acto administrativo, sino de dos completamente diferentes, el primero se dio justamente por incumplimiento a lo determinado en RA SPVS N° 331/2005 de 27 de abril de 2005 por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. por el cual se determinó desestimar la sanción por prescripción, pero mantuvo la obligación de regularización del trámite de conformidad a la Resolución Administrativa SPVS N° 331 de 27 de abril de 2005 y el segundo acto fue dado justamente a consecuencia de la decisión adoptada por parte de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de regularización, procediéndose en consecuencia. Por lo tanto dicha obligación de regularización, no se origina en el proceso administrativo del caso de

Autos, ya que éste cumple una determinación ya firme en sede administrativa, cual es que BBVA Previsión AFP SA solicite la revisión de la fecha de invalidez de la a Sra. Rosa María Prado Moya.

Dicho esto se tiene que son dos actos diferentes, los mismos que mantienen su individualidad, así como su eficacia y su cumplimiento, por lo que si el recurrente **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.** consideraba que la instrucción de revisión de la fecha invalidez era extemporánea y que la misma habría prescrito o caducado, esta debió hacer uso de los recursos que le asistían, cuando tuvo conocimiento de dichos actos.

Al respecto, el doctrinario Juan Carlos Cassagne, refiere que la sentencia en el proceso administrativo produce los mismos efectos de la cosa juzgada como ocurre en los demás procesos, implicando que en el presente caso que el hecho de que el recurrente no haya impugnado la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 044 de 30 de enero de 2009, ni la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 345 de 4 de mayo de 2009, hace que este acto administrativo sea irrevisable ya que el mismo ha causado estado, es decir que es definitivo en virtud a que no se han interpuesto los recursos que les franqueaba la ley.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, lo expresado en el considerando anterior precedente, fundamenta que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas carece de facultades que le permitan ingresar al análisis del fondo de la impugnación, toda vez que la argumentación presentada por **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.**, se refiere exclusivamente a la determinación de otros actos administrativos firmes en sede administrativa.

Que, **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.** no ha presentado argumentos en contra de la Resolución Administrativa AP/DJ N° 145.2009 de fecha 29 de octubre de 2009 y la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 384 de fecha 4 de mayo de 2009, que puedan ser objeto de compulsas, por lo que corresponde su confirmatoria.

Que, asimismo y no menos importante, es que éste Ministerio, a su vez no puede entrar al análisis de fondo, ya que de acuerdo al artículo 36 del Decreto Supremo N° 27824 de 11 de noviembre de 2004, *“Las Resoluciones Administrativas emitidas por la SPVS sobre Revisión de Dictamen o Fecha de Invalidez o Fallecimiento, por su carácter especial se reputan definitivas al ser en única instancia y por tanto no serán objeto de recurso ulterior”*

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a), con relación al Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa AP/DJ N° 145.2009 de fecha 29 de octubre de 2009, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 384 de fecha 4 de mayo de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

ASFI N° 230/2009 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 DE 17 DE FEBRERO DE 2010

**FALLO**

**ANULA**





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010**

La Paz, 17 de febrero de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** representada legalmente por los Sres. CotyKrsul Andrade y Juan Carlos de la Vía Pereira, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirma la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervención del Sistema Financiero los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 007/2010 de 03 de febrero de 2010, emitido por la de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 6 de octubre de 2009 el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** representada legalmente por los Sres. CotyKrsul Andrade y Juan Carlos de la Vía Pereira, en mérito a los Testimonios Poderes Nros. 774 y 775 ambos otorgados en fecha 26 de agosto de 2004, ante la Notaria de Fe Pública, Dra. Silvia Noya Laguna del Distrito Judicial de la Paz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 14 de octubre de 2009 se ha admitido el Recurso Jerárquico presentado por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., mismo que fue notificado el 15 de octubre del mismo año.

Que, en fecha 19 de octubre de 2009, se emitió el Auto de Notificación de terceros interesados, determinándose la notificación a la Sra. Flora Matilde Calderón Saavedra con el memorial de Recurso Jerárquico, a efecto de que se apersonen y formulen criterios con los mismos derechos de él recurrente.

Que, en fecha 4 de noviembre de 2009, la Sra. Flora Matilde Calderón Saavedra, se apersona y presenta alegatos ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, el 20 de noviembre de 2009, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del Banco de Crédito de Bolivia S.A.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 048/2009 DE 8 DE JULIO DE 2009.-**

Que mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dispone:

“ ...

1. Instruir al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** provisionar los montos correspondientes a los depósitos a plazo fijo N° 201-60074681-2-3 y N° 201-60074724-2-1 y la cuenta de ahorro en moneda extranjera N° 201-50211742-2-13, así como sus intereses, a efectos de atender a la determinación de la resolución judicial que resuelva los derechos hereditarios respecto de la titularidad de los depósitos mencionados, para que se restituya a la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra tales importes, en caso de ser declarada titular de los mismos en la cuantía dispuesta.
2. Remitir la documentación que acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral primero de la presente Resolución, en el plazo máximo de 20 días calendario, computables a partir de la correspondiente notificación.”

## 2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 19 de agosto de 2009, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, argumentos que fueron expuestos en el Recurso Jerárquico, que se transcribe en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

## 3. ALEGATOS DEL TERCER INTERESADO EN EL RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 8 de septiembre de 2009, Flora Matilde Calderón de Saavedra, presenta alegatos a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, argumentando lo siguiente:

“(…)

**A)** *La fundamentación jurídica realizada por la ASFI, basada en los Arts. 598, 599, y 646 del Código de Procedimiento Civil; se constituye en el espíritu legal de la RESOLUCIÓN JUDICIAL DE FECHA 30 de Octubre de 2007 emanada del Juzgado de Instrucción Mixto Cautelar de la Guardia del Departamento de Santa Cruz. En consecuencia la resolución N° 048/2009 de fecha 08 de julio de 2009, no se aparta de lo dictaminado por el órgano judicial.*

*Por el contrario el BCP, pretende que la A.S.F.I. complemente la RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL JUEZ DE LA GUARDIA, analizando el Art. 1007 numeral segundo CODIGO CIVIL; atribución exclusiva del órgano judicial en la instancia que fuere competente.*

*Asimismo, BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A tenía la obligación (sic) DAR CUMPLIMIENTO DE UNA MANERA INTEGRAL a la resolución judicial de fecha 30 de Octubre de 2007, emanada del juzgado de la Guardia, quedando impedido de realizar interpretaciones o modificaciones a la misma o aplicarla de una manera parcial; como ha ocurrido dentro del presente caso. En síntesis ha existido una desobediencia a la autoridad conducta tipificada por el Código Penal en el Art. 160.*

**B)** *Conforme lo manifiestan los representantes de BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A. mi persona a (sic) actuado de la manera más diligente posible. En fecha 03 de Octubre de 2007 se comunicó al Banco el fallecimiento de mi hermano y además la sospecha de que personas inescrupulosas, tratarían de cobrar el dinero. He realizado esta advertencia a fin de que el Banco no sea sorprendido, mientras realizaba mi declaratoria de herederos.*

*A fin de establecer con claridad, con qué entidades bancarias mi hermano mantenía relaciones comerciales, he procedido a presentar toda la documentación pertinente que acredita mi condición de heredera a la ex S.B.E.F. en fecha 11 de Octubre, quienes una vez revisada la documentación, han ordenado al sistema financiero informe sobre los aspectos solicitados, **‘LEVANTANDO DE ESTE MODO EL SECRETO BANCARIO’**. El ente regulador ha comunicado al sistema bancario mi condición de heredera, es decir todo el*

sistema financiero sabía que mi hermano había fallecido y que yo conjuntamente con mis dos hermanas, quienes se declararon herederas posteriormente, éramos las personas que reclamábamos el derecho sobre el patrimonio de mi hermano.

Teniendo toda la información el BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A. ha hecho caso omiso a los documentos presentados en la ciudad de La Paz, realizando la devolución de todo el patrimonio de mi hermano en la ciudad de Santa Cruz a los hermanos Añez Ponce y Rodríguez Ponce, supuestos herederos de mi hermano ABDÓN CALDERÓN SARAVIA, incumpliendo el contenido de la RESOLUCIÓN JUDICIAL DE FECHA 30 DE OCTUBRE DE 2007, emanada del JUZGADO DE LA GUARDIA me refiero a que han devuelto el patrimonio de mi hermano antes de que la autoridad jurisdiccional les ministre posesión hereditaria.

Por otra parte no existe plazo legal que me obligue a requerir el monto de dinero que tenía mi hermano en el BANCO DE CRÉDITO S.A. En nuestra calidad de hermanas, pretendíamos solicitarlo las tres una vez que todos tengamos nuestra declaratoria de herederos, además emocionalmente nos encontrábamos afectadas.

De acuerdo a nuestro criterio era el BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., quien debería custodiar el patrimonio depositado por mi hermano hasta que nosotras tres nos apersonemos a cobrarlo.

Por todo lo expuesto se establece que el Banco de Crédito S.A., ha actuado con negligencia; es decir no ha sido buen custodio del patrimonio de mi hermano.

- C)** Conforme lo manifiestan los abogados del BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., la entidad a la que representan, ha hecho un mal pago; porque ha ignorado la OBLIGACIÓN DE OBLAR IMPUESTOS Y LA MINISTRACIÓN DE LA POSESIÓN determinaciones judiciales contenidas en la RESOLUCIÓN JUDICIAL de fecha 30 de Octubre de 2007.

Lo que ha existido es AUSENCIA TOTAL DE COMUNICACIÓN entre la oficina de La Paz y la oficina de Santa Cruz; hecho atribuible a su manual de funciones.

Por otra parte la ASFI fundamenta la resolución No. 048/2009, con la normativa legal civil, la misma que posee mayor jerarquía que las normas y procedimientos internos de los BANCOS y por tratarse en este caso de un derecho sucesorio desconocido por parte del BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A. en perjuicio de las hermanas CALDERÓN SARAVIA

- D)** Dentro del presente caso es aplicable la previsión NIC 37, en virtud a que existe la obligación de provisionar los montos contenidos en los depósitos a plazo fijo y la cuenta corriente, por existir mal pago de los mismos; proveniente de un evento pasado que es la entrega del dinero sin haber dado cumplimiento a la Resolución del Juez del Guardia. El pasivo proviene del mal pago realizado a los hermanos AÑES (sic) PONCE y RODRIGUEZ PONCE, emergente del incumplimiento a resoluciones judiciales. La obligación de restituir los montos mal pagados es una obligación

*genuina emergente del contrato de los DEPÓSITOS A PLAZO FIJO Y DE LA CUENTA CORRIENTE QUE MANTENÍA MI HERMANO, cuyo CUSTODIO era el BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., quien ha actuado de manera negligente.*

*En relación a la cantidad, esta no es estimable es EXACTA, lo único que varía son los intereses que se debe percibir hasta que la autoridad jurisdiccional determine el pago.*

- E)** *Por otra parte dentro del presente caso ha existido FALTA DE SENTIDO COMÚN POR PARTE DE LOS ABOGADOS DEL BANCO EN SANTA CRUZ (sic), causa sospecha a cualquier persona que unos señores apellidados AÑEZ PONCE Y RODRIGUEZ PONCE, sucedan a mi hermano ABDÓN CALDERÓN SARAVIA, este solo aspecto ha debido llamar la atención y no actuar de oficio devolviendo el patrimonio de mi hermano a quienes por ley no les corresponde.*
- F)** *Al presente en nuestra calidad de hermanas del señor ABDON ZENON CALDERON SARAVIA, hemos interpuesto la demanda correspondiente en tribunales ordinarios. Debiendo el BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., proceder a la provisión del monto de dinero más los intereses hasta que la autoridad jurisdiccional determine lo que corresponda por ley.*
- G)** *El grado de responsabilidad del BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., se ha determinado plenamente y es claro; nos han causado un daño moral y material irreparable al devolver la suma de dinero de la que eran custodios, dando cumplimiento parcial a la Resolución Judicial del Juez de la Guardia. Es decir el BANCO DE CRÉDITO S.A no solamente ha actuado con negligencia, también ha incurrido en lo prescrito en el Art 160 del Código Penal.*
- H)** *En relación a la aplicación de la Ley 2341; la resolución 048/2009 se ha basado en los principios contenidos en el Art. 4 de una manera íntegra y no ha infringido ninguno como pretende hacer ver el BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.*
- I)** *Asimismo solicito al BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.; admitir el error cometido en honor y respeto a las leyes y deje de interponer recursos, que si bien la ley le franquea, los mismos carecen de fundamento legal y lo único que pretenden es dilatar el presente proceso administrativo COMPROMETIENDO DE ESTEMODO SU PRESTIGIO..."*

#### **4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 230/2009 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-**

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009, se confirma, en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009 y determina que:

*"...para una mejor exposición contable, conforme al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, utilizar la cuenta 257.01 'otras provisiones'"*

Los fundamentos de la citada Resolución Administrativa, se transcriben a continuación:

**“CONSIDERANDO:**

*Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República intermediación de recursos financieros.*

*Que, el artículo 598 del Código de Procedimiento Civil, dispone que cuando se pidiera la posesión a título hereditario, se acompañará el testamento o resolución judicial de declaratoria de herederos, el certificado de defunción y el comprobante de pago del impuesto sucesorio.*

*Que, el Art. 646 del mencionado Código, establece que dictada la resolución definitiva declarando herederos a quienes hubieran acreditado su derecho y salvando los derechos de terceros, el Juez procederá a la posesión de los bienes a los herederos conforme a las previsiones de los artículos 599 y 600, previo a la comprobación de haberse pagado el impuesto sucesorio.*

*Que, el Artículo 2 Sección 2 del Reglamento de Requisitos Mínimos de Seguridad Informática para la Administración de Sistemas de Información y Tecnologías relacionadas contenido en el Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que los datos que administren las entidades financieras y las empresas de servicios auxiliares financieros deben contener un alto grado de seguridad para cumplir con los objetivos de control y criterios básicos de información definidos por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras. Entre los criterios básicos de información definidos se detalla la confiabilidad, integridad, disponibilidad, efectividad, eficiencia y cumplimiento.*

*Que, el Art. 1 inc. d), del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Sección 2, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que para el buen funcionamiento del sistema de control Interno, debe contarse con información adecuada y con comunicaciones efectivas para asegurar que todo el personal conozca y se adhiera a procedimientos internos que afecten sus deberes y responsabilidades y que la información relevante llegue al personal apropiado.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa*

se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por los señores CotyKrsul Andrade y Juan Carlos de la Vía Pereira en representación del Banco de Crédito de Bolivia SA, se tienen las siguientes consideraciones:

- El argumento referido a que la Resolución Judicial N° 613/2007 de 29 de septiembre de 2007, que declara heredera a Flora Matilde Calderón de Saavedra, de todos los bienes de su hermano Abdón Zenón Calderón Saravia, **no puede entenderse como una advertencia sobre el derecho propietario adquirido por la mencionada señora**, en atención a que ha sido presentada al Banco para levantar el secreto bancario de los depósitos que tenía el de cujus y debido a que la señora Calderón no ha solicitado el pago de los depósitos adquiridos; no puede ser considerado, en atención a que el Banco como toda entidad de intermediación financiera, tiene la obligación, independientemente de la solicitud efectuada por el titular o en este caso herederos del de cujus, de armar y concentrar información existente a los antecedentes del depositante, consolidándola a nivel nacional y registrarla en el sistema informático del Banco, en este caso, las **declaraciones de herederos** realizadas por dos autoridades judiciales, la primera en la ciudad de La Paz, y la segunda en la Santa Cruz, **que otorgaban derechos a los herederos sobre los depósitos del Señor Abdón Zenón Calderón Saravia**, mucho más si tomamos en cuenta que la señora Calderón comunicó al Banco que personas inescrupulosas podrían realizar retiros o transacciones de la cuenta de su hermano fallecido.

Lo que demuestra que la entidad no consideró, ni dio cumplimiento a los criterios básicos de información establecidos en el Art 2, Sección 2 del Reglamento de Requisitos Mínimos de Seguridad Informática para la Administración de Sistemas de Información y Tecnologías Relacionadas, que establece que la entidad debe contar con información apropiada y confiable para el uso interno de la entidad, así como tener información íntegra, es decir exacta y suficiente, disponible, efectiva, entendida como contar información adecuada para desarrollar las actividades de la entidad.

Adicionalmente, la entidad no ha tomado en cuenta que el Art. 1 inc. d) Sección 2 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, establece que las entidades de intermediación financiera deben disponer de sistemas de información que cubran todas sus actividades, con canales de comunicación efectivos para asegurar que todo el personal conozca y se adhiera a procedimientos internos que afecten sus deberes y responsabilidades y que la

información relevante llegue al personal apropiado.

De haber tenido conocimiento de las dos declaratorias de herederos a dos grupos diferentes, correspondía a la sucursal de Santa Cruz solicitar el bloqueo de todas las cuentas del fallecido, conforme dispone el Reglamento del Banco 10105610502 de 27 de febrero de 2004, en caso de existir duda sobre declaratorias de herederos y en consecuencia, abstenerse del pago. Incumplimientos que han dado lugar a errores operativos por parte del Banco y al pago de los depósitos a favor de los señores Añez Ponce.

El argumento referente a que esta Autoridad de Supervisión ha emitido criterio respecto a las normas legales (civiles) que aplican a derechos sucesorios y en consecuencia, no ha considerado determinados aspectos al momento de exigir la posesión judicial de la herencia, es incorrecto, en atención a que esta Autoridad conforme las facultades conferidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, determinó la normativa financiera establecida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, así como las disposiciones legales que incumplió el Banco, dentro de dicha determinación se estableció que al haber realizado el pago, el Departamento Legal de la Sucursal Santa Cruz, incumplió con el flujograma que forma parte del Reglamento 1010.561.05.02 de 27 de febrero de 2004, debido a que no se analizó la documentación presentada por los hermanos Añez y no consideró que en la declaratoria de herederos a favor de los señores José Francisco Añez Ponce, Martha Añez Ponce, Teresa Elizabet Añez Ponce, Miguel Ángel Rodríguez Ponce y Margot Añez Ponce, la autoridad judicial disponía que se ministraría posesión hereditaria, pagado que sea el impuesto sucesorio.

Adicionalmente, al desvirtuar el argumento presentado por el Banco en relación a que habría realizado el pago de los depósitos, respaldándose en la declaratoria de herederos presentada por los señores Añez Ponce y Rodríguez Ponce, surte sus efectos jurídicos mientras no se declare su nulidad, en cumplimiento de los Arts. 1000 y siguientes del Código Civil, Arts. 642 al 647 del Procedimiento Civil, esta Autoridad observó que únicamente el Banco reconoció efectos a una declaratoria de herederos, desconociendo lo determinado en la declaratoria de herederos efectuada por el Juez Onceavo de Instrucción en lo Civil de la ciudad de La Paz.

- Al señalar que la provisión instruida constituye una sanción para el Banco, que vulnera los principios de inocencia y tipicidad, no ha considerado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco de su competencia establecida en la atribución 14 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, puede instruir ajustes y regularizaciones contables las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control.

La instrucción de provisión establecida por esta Autoridad de Supervisión no



*implica una transferencia patrimonial ni una instrucción de pago, en consecuencia la Instrucción emanada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no estaría vulnerando el principio de tipicidad ya que no se estaría imponiendo una sanción al Banco de Crédito de Bolivia S.A, simplemente se estaría ejerciendo una facultad establecida por la disposición legal mencionada, a efecto de que la entidad provicione un monto, para que en el caso de que la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra sea declarada titular de los depósitos a plazo fijo por la autoridad judicial correspondiente, el Banco haya reconocido esta obligación en los resultados de la gestión (contablemente).*

- *Al instruir el ajuste contable (provisión) en la Resolución recurrida, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero consideró que en las actividades de intermediación financiera, cualquier tipo de riesgo está asociado a una probabilidad de pérdida para las entidades, por fallas en procesos internos, en tecnología de información, como en el caso que nos ocupa, conforme se ha manifestado, se han evidenciado deficiencias operativas incurridas por el Banco, producto de gestiones inadecuadas en el pago de los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia e incumplimiento de disposiciones regulatorias y normativa interna. Por lo que las consecuencias deben recaer sobre la entidad financiera como tal y de ninguna manera sobre los usuarios o clientes que no hayan participado en dichos eventos, lo cual genera una obligación para la Entidad sujeta a las resultas de una determinación judicial que resuelva los derechos hereditarios en concreto de quienes al presente detentan aun la calidad de herederos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia.*

*En ese entendido, si la autoridad judicial determina la titularidad de los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia en la cuantía dispuesta, corresponde a la Entidad el pago a la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra, esta determinación efectuada por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante la Resolución recurrida, se encuentra adecuadamente circunscrita a lo determinado en la Resolución Jerárquica SIREFI - DRJ-002/2007 - EXP. 02 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido que " ... dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participó, no le es imputable y no se encuentra provista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adoptó la SBEF en estos casos no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan*

solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer (sic) la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada"

Por lo que no se ha violado el principio de inocencia conforme argumenta el Banco, en atención a que se ha determinado la base idónea que sostiene la posible pérdida de estos montos, pegados en la ley y en jurisprudencia determinada por la Superintendencia General del SIREFI, actualmente Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas.

- La entidad no ha considerado, que esta Autoridad al determinar la provisión a (sic) dado cumplimiento con la Norma Internacional de Contabilidad NIC37.- en atención a que existe una obligación probable que tiene el Banco de pagar a la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra, en caso de ser declarada titular de los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia, situación que ha sido determinada por esta entidad en la Resolución recurrida, como resultado de un evento pasado, en este caso infracciones de control interno que han dado lugar al pago de los mencionados depósitos a los señores José Francisco Añez Ponce, Martha Añez Ponce, Teresa Elizabet Añez Ponce, Miguel Ángel Rodríguez Ponce y Margot Añez Ponce, habiendo sido la cantidad de la provisión estimada confiablemente.

En cuanto al argumento presentado por el Banco referente a que el efecto obligante es aún incierto, al no tener certeza del inicio de una eventual demanda, el mismo queda descartando (sic) en atención a que se presentó la demanda ordinaria de nulidad de declaratoria de herederos y división de bienes hereditarios extrañada por la Entidad, conforme la documentación remitida por la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra, mediante memorial de fecha 19 de agosto de 2009.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, la ex Superintendencia General del SIREFI mediante Resolución SG SIREFI RJ 2/2009 de 7 de enero de 2009, determinó que el Banco de Crédito de Bolivia SA 'actuó con negligencia debido a que, al conocer las dos declaratorias de herederos, no podía liberar los depósitos a ninguna de las partes hasta que se defina el mejor derecho por la vía jurisdiccional; **debiendo, en todo caso, haber apropiado dichos montos a una cuenta transitoria** que permita afrontar, en su momento, el pago a quien resulte vencedor en juicio. Más aún si en forma oportuna Flora Calderón habría advertido al Banco la posibilidad de que terceros efectúen el cobro de dichos dineros.' (las negrillas son nuestras)

Que bajo ese criterio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió mediante Resolución ASFI No. 048/2009 de fecha 08 de julio de 2009, instruir al Banco de Crédito SA provisionar los montos correspondientes a los depósitos a

plazo fijo No. 201-60074681-2-3 Y No. 201-50211742-2-13, así como sus intereses, a efectos de atender a la determinación de la resolución judicial que resuelva los derechos hereditarios respecto de la titularidad de los depósitos.

#### **CONSIDERANDO:**

Que la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, en su artículo 153 establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un Sistema Financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera..."

#### **5. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 6 de octubre de 2009, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 16 de septiembre de 2009 argumentado lo siguiente:

##### **"1. Recurso Jerárquico**

El Banco de Crédito de Bolivia S.A. (en adelante el BANCO), fue notificado el 22 de septiembre 2009, con la Resolución ASFI N° 230/2009, emitida el 16 de Septiembre de 2009 por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante ASFI), a través de la cual ratifica la Resolución Administrativa ASFI No. 048/2009 de 08 de Julio de 2009 por la que se ordena al BANCO provisionar los montos correspondientes a los Depósitos a Plazo Fijo No. 201-60074681-2-3 y No. 201-60074724-2-1 y la Cuenta de Ahorro en moneda extranjera NO.201-50211742-2-13, así como sus intereses, a efectos de atender a la determinación de la Resolución Judicial que resuelva los derechos hereditarios respecto de la titularidad de los depósitos mencionados para que restituya a la Sra. Flora Matilde Calderón de Saavedra, tales importes **en caso de** ser declarada titular de los mismos, en la cuantía dispuesta.

Habiendo el BANCO realizado en fecha 28 de julio de 2009, la previsión dispuesta por la resolución mencionada líneas arriba, y conforme establece el numeral I, del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003, dentro del plazo establecido por el artículo 48 de la citada norma, en legal representación del Banco de Crédito de Bolivia S.A., interponemos **Recurso Jerárquico** contra la Resolución ASFI N°230/2009, emitida por la Autoridad de Supervisión de Sistema Financiero en fecha 16 de Septiembre de 2009.

##### **1.1.Fundamento Procesal.**

El presente Recurso de Revocatoria es planteado al amparo del artículo 141 de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras y los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.

## **1.2. Antecedentes y Relación de Hechos.**

Mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI 02/2009 de fecha 7 de enero de 2009, la Superintendencia del General del Sistema de Regulación Financiera, se pronunció sobre el Recurso Jerárquico interpuesto por Flora Matilde Calderón de Saavedra contra la Resolución SB N° 182/2008 de fecha 22 de Septiembre de 2008 que confirma la Resolución SB N° 140/2008 de fecha 24 de julio de 2008, misma que eleva a rango de Resolución la carta SB/IDC/D-33125/2008 de fecha 27 de junio de 2008.

La citada resolución Jerárquica determinó anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB N° 140/2008 inclusive, debiendo la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dictar nueva resolución de instancia, en la cual se consideren los fundamentos contenidos en la resolución Jerárquica SG SIREFI RJ-02/2009. En consecuencia, la ASFI emitió Resolución N° 048/2009, en fecha 08 de julio de 2009, a través de la cual ordena al BANCO previsionar los montos correspondientes a los Depósitos a Plazo Fijo No. 201-60074681-2-3 y No. 201-60074724-2-1 y la Cuenta de Ahorro en moneda extranjera No.201-50211742-2-13, así como sus intereses, a efectos de atender a la determinación de la Resolución Judicial que resuelva los derechos hereditarios respecto de la titularidad de los depósitos mencionados para que restituya a la Sra. Flora Matilde Calderón de Saavedra, tales importes **en caso de** ser declarada titular de los mismos, en la cuantía dispuesta. Posteriormente el Banco, mediante memorial presentado en fecha 19 de Agosto de 2009 interpone Recurso de Revocatoria en contra de la mencionada resolución N° 048/2009, la misma que mediante Resolución ASFI No. 230/2009 es confirmada bajo los siguientes argumentos y consideraciones:

-El argumento referido a que la Resolución Judicial No. 613/2007 de 29 de septiembre de 2007, que declara heredera a Flora Matilde Calderón de Saavedra, de todos los bienes de su hermano Abdón Zenón Calderón Saravia, **no puede entenderse como una advertencia sobre el derecho propietario adquirido por la mencionada señora**, en atención a que ha sido presentada al Banco para levantar el secreto bancario de los depósitos que tenía el de cujus y debido a que la señora Calderón no ha solicitado el pago de los depósitos adquiridos; no puede ser considerado, en atención a que el Banco como toda entidad de intermediación financiera, tiene la obligación,

independientemente de la solicitud efectuada por el titular o en este caso herederos del de cujus, de armar y concentrar información existente a los antecedentes del depositante, consolidándola a nivel nacional y registrarla en el sistema informático del Banco, en este caso, las **declaraciones de herederos** realizadas por dos autoridades judiciales, la primera en la ciudad de La Paz y la segunda en Santa Cruz, **que otorgaban derechos a los herederos sobre los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia**, mucho más si tomamos en cuenta que la señora Calderón, comunico al Banco que personas inescrupulosas podrían realizar retiros o transacciones de la cuenta de su hermano fallecido.

Lo que demuestra que la entidad no consideró ni dio cumplimiento a los criterios básicos de información establecidos en el Art. 2, Sección 2 del Reglamento de Requisitos Mínimos de Seguridad Informática para la Administración de Sistemas de Información y Tecnologías Relacionadas, que establece que la entidad debe contar con información apropiada y confiable para el uso interno de la entidad, así como tener información íntegra, es decir exacta y suficiente, disponible, efectiva, entendida como contar con información adecuada para desarrollar las actividades de la entidad.

Adicionalmente, la entidad no ha tomado en cuenta que el Art. 1 inc. d) Sección 2 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, establece que las entidades de intermediación financiera deben disponer de sistemas de información que cubran todas sus actividades, con canales de comunicación efectivos para asegurar que todo el personal conozca y se adhiera a procedimientos internos que afecten sus deberes y responsabilidades y que la información relevante llegue al personal apropiado,

De haber tenido conocimiento de las dos declaratorias de herederos a dos grupos diferentes, correspondía a la sucursal de Santa Cruz solicitar el bloqueo de todas las cuentas del fallecido, conforme dispone el Reglamento del Banco 10105610502 de fecha 27 de febrero de 2004, en caso de existir duda sobre declaratorias de herederos y en consecuencia, abstenerse del pago. Incumplimientos que han dado lugar a errores operativos por parte del Banco y al pago de los depósitos a favor de los señores Añez Ponce.

Sobre la presentación al banco de declaratoria de herederos de la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra, la ASFI debe tener en cuenta que este documento nunca fue presentado al banco, en consecuencia no pudo ser registrado en nuestras bases de datos o considerado al momento de evaluar otras declaratorias de herederos sobre el patrimonio del señor Abdón Calderón Saravia. Según la ASFI, este argumento se ve agravado por la advertencia que la señora Calderón realiza al Banco ' ...mucho más si tomamos en cuenta que la señora Calderón, comunico al Banco que personas inescrupulosas podrían

realizar retiros o transacciones de la cuenta de su hermano fallecido.' Sin embargo, nosotros discrepamos de esta apreciación, debido a que el grupo de herederos compuesto por los hermanos Añez actualmente cuenta con iguales derechos que la señora Calderón, derechos otorgados por una autoridad competente (de acuerdo a las reglas de competencia de nuestro Código de procedimiento Civil y demás leyes afines al caso), calidad que los exime de la advertencia que realiza la señora Calderón. En tanto no se anule la resolución que les otorga la calidad de herederos, ellos son exactamente eso y no son personas inescrupulosas como se entiende en la resolución impugnada.

Revisada la correspondencia intercambiada entre la Sra. Flora M. Calderón de Saavedra y el BANCO, se establece que la mencionada señora nunca hizo un requerimiento de pago de los títulos adquiridos en mérito de su declaratoria de herederos. Ella se limitó a pedir información sobre las cuentas que su fallecido hermano pudiera tener en el BANCO. Por esta razón, la solicitud fue ingresada al SARC. Si ella hubiera solicitado el cobro de los dineros, en su calidad de legítima heredera, esta solicitud se hubiera ingresado al Departamento Legal del BANCO en La Paz, instancia que tiene comunicación directa con los demás departamentos legales de la entidad, y de esta forma se hubiera sometido al procedimiento descrito en el flujograma establecido por el Reglamento 1010.615.05.02, cuyo incumplimiento fue utilizado por la ASFI para fundamentar la recurrida mediante el presente.

El argumento referente a que esta Autoridad de Supervisión ha emitido criterio respecto a las normas legales (civiles) que aplican a derechos sucesorios y en consecuencia, no ha considerado determinados aspectos al momento de exigir la posesión judicial de la herencia, es incorrecto, en atención a que esta Autoridad conforme las facultades conferidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, determinó la normativa financiera establecida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, así como las disposiciones legales que incumplió el Banco, dentro de dicha determinación se estableció que al haber realizado el pago, el Departamento Legal de la Sucursal Santa Cruz, incumplió con el flujograma que forma parte del Reglamento 1010.561.05.02 de 27 de febrero de 2004, debido a que no se analizó la documentación presentada por los hermanos Añez y no consideró que en la declaratoria de herederos a favor de los señores José Francisco Añez Ponce, Martha Añez Ponce, Teresa Elizabet Añez Ponce, Miguel Ángel Rodríguez Ponce y Margot Añez Ponce, la autoridad judicial disponía que se ministraría posesión hereditaria, pagado que sea el impuesto sucesorio.

Adicionalmente, al desvirtuar el argumento presentado por el Banco en relación a que habría realizado el pago de los depósitos, respaldándose en la declaratoria de herederos presentada por los señores Añez Ponce y Rodríguez Ponce, surte sus efectos jurídicos mientras no se declare su nulidad, en

*cumplimiento de los Arts. 1000 y siguientes del Código Civil, Arts. 642 al 647 del Procedimiento Civil, esta Autoridad observó que únicamente el Banco reconoció efectos a una declaratoria de herederos, desconociendo lo determinado en la declaratoria de herederos efectuada por el Juez Onceavo de Instrucción en lo Civil de la ciudad de La Paz.*

*La ASFI cae en el mismo error que atribuye al Banco, cuando solo considera como legítima la declaratoria de herederos otorgada a favor de la señora Flora Matilde Calderón. Al imponer la obligación de constituir una provisión de los montos cobrados por los hermanos Añez Ponce, la ASFI descarta de plano el legítimo derecho de estos señores y asume la victoria de la señora Calderón dentro de un eventual proceso ordinario civil. Este razonamiento es el que nos lleva a concluir que la ASFI realiza un análisis sesgado de este caso. Por un lado, resuelve obligar al BANCO a provisionar los fondos, asumiendo de hecho que se ha realizado un mal pago a favor de los herederos Añez Ponce. Sin embargo, por otro lado, señala que no puede definir derechos controvertidos. Sin notar que, al obligar al Banco a constituir la provisión de fondos emitió criterio sobre el mejor derecho de los herederos enfrentados en este caso. Si bien la ASFI reconoce que no tiene facultades legales para dirimir derechos controvertidos, fundamenta su resolución en base a normativa legal que ampara derechos civiles ajenos a la operativa interna del BANCO. En otras palabras, la ASFI no solamente se ha limitado a analizar el cumplimiento de normas de procedimiento internos o administrativos, sino que ha emitido su criterio respecto a las normas legales (civiles) que aplican a los derechos sucesorios, en franca contradicción con las consideraciones que la misma ASFI expone y en base a las cuales emitió la Resolución recurrida. Antes de observar al BANCO el pago de los depósitos, sin exigir la Posesión judicial de la herencia, la ASFI debió establecer su criterio respecto a:*

*a) La pertinencia de solicitar esta documentación en este caso específico; b) La calidad de herederos de los señores Añez - Ponce, que fueron los que cobraron los montos que nos imponen provisionar; c) La obligación que tienen las entidades financieras de pedir esta documentación. En otras palabras la ASFI no ha establecido o fundamentado legalmente, la obligación que supuestamente tendría el BANCO para exigir la posesión hereditaria, en qué casos se debe pedir y si en el caso particular correspondía.*

*-Al señalar que la provisión instruida constituye una sanción para el Banco, que vulnera los principios de inocencia y tipicidad, no ha considerado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco de su competencia establecida en la atribución 14ª del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, puede instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financieras, resultantes de su labor de supervisión y control.*

La instrucción de provisión establecida por esta Autoridad de Supervisión no implica una transferencia patrimonial ni una instrucción de pago, en consecuencia la instrucción emanada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no estaría vulnerando el principio de tipicidad ya que no se estaría imponiendo una sanción al Banco de Crédito de Bolivia S.A., simplemente se estaría ejerciendo una facultad establecida por la disposición legal mencionada, a efecto de que la entidad provisione un monto, para que en el caso de que la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra sea declarada titular de los depósitos a plazo fijo por la autoridad judicial correspondiente, el Banco haya reconocido esta obligación en los resultados de la gestión (Contablemente).

-Al instruir el ajuste contable (provisión) en la Resolución recurrida, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero consideró que en las actividades de intermediación financiera cualquier tipo de riesgos está asociado a una probabilidad de pérdida para las entidades, por fallas en procesos internos, en tecnología de información, como en el caso que nos ocupa, conforme se ha manifestado, se han evidenciado deficiencias operativas incurridas por el Banco, producto de gestiones inadecuadas en el pago de los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia e incumplimiento de disposiciones regulatorias y normativas interna. Por lo que las consecuencias deben recaer sobre la entidad financiera como tal y de ninguna manera sobre los usuarios o clientes que no hayan participado en dichos eventos, lo cual genera una obligación para la Entidad sujeta a las resultas de una determinación judicial que resuelva los derechos hereditarios en concreto de quienes al presente detentan aun la calidad de herederos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia.

En ese entendido, si la autoridad judicial determina la titularidad de los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia en la cuantía dispuesta, corresponde a la Entidad el pago a la señora Flora Matilde de Calderón de Saavedra, esta determinación efectuada por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante la Resolución recurrida, se encuentra adecuadamente circunscrita a lo determinado en la Resolución Jerárquica SIREFI - DRJ00212007 - expo 02 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido que " ... dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para **adoptar medidas correctivas o rectificadoras**, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participo, no le es imputable y no se encuentra provista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adopto la SBEF en estos casos no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujeta a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituyen una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de reestablecer la



situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada."

Por lo que no se ha violado el principio de inocencia conforme argumenta el Banco, en atención a que se ha determinado la base idónea que sostiene la posible pérdida de estos montos, pegados en la ley y en jurisprudencia determinada por la Superintendencia General del SIREFL actualmente Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas.

Una vez más la ASFI comete el error de emitir criterio respecto a este caso, en el párrafo transcrito anteriormente, establece que el Banco ha modificado injustamente la situación jurídica de la señora Calderón, que esta entidad de control estaría realizando un ajuste contable para restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario. Pero no se pregunta **¿Qué derecho de la señora Flora Matilde Calderón ha modificado el Banco?; si aún la autoridad jurisdiccional no se ha pronunciado sobre el mejor derecho dentro el universo de herederos ¿Qué derechos ha vulnerado el Banco a la señora Flora Matilde Calderón?** Pero en esta ocasión la ASFI va aún más allá y establece ' **...Por lo que las consecuencias deben recaer sobre la entidad financiera como tal y de ninguna manera sobre los usuarios o clientes que no hayan participado en dichos eventos, lo cual genera una obligación para la Entidad sujeta a las resultas de una determinación judicial que resuelva los derechos hereditarios en concreto de quienes al presente detentan aún la calidad de herederos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia. En ese entendido, si la autoridad judicial determina la titularidad de los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia en la cuantía dispuesta, corresponde a la Entidad el pago a la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra**', afirmación que sin asidero legal desconoce la posibilidad que la señora Calderón no resulte vencedora en esta contienda o que el objeto de la litis no tenga como actor al Banco. No considera la posibilidad que los hermanos Añez Ponce tengan igual o mejor derecho que la señora Calderón. Todos estos cuestionamientos debieron ser respondidos y analizados exhaustivamente antes de ordenar la provisión de fondos al Banco. Es muy importante reconocer que el hecho obligante para el BANCO, es el eventual resultado de un proceso judicial, **y no la mera posibilidad o el inicio del proceso en sí.** En el caso que nos ocupa, el evento obligante es aún incierto. Inclusive ahora que, **por la lectura de la resolución impugnada, hemos tomado conocimiento del inicio de una demanda ordinaria,** no consideramos que reponer estos montos sea obligación del BANCO, DEBIDO A QUE DESCONOCEMOS EL CONTENIDO Y LA PRETENCION DE ESTA DEMANDA, AÚN NO TENEMOS CERTEZA DE QUE ESTA DEMANDA HAYA SIDO INCOADA EN CONTRA DEL BANCO. En todo caso, el Código Civil, en su Libro de Sucesiones, otorga en Derecho, las alternativas para este tipo de casos. El resultado de una contienda judicial es incierto y muy difícil de anticipar sin al menos analizar los documentos y

pruebas que cada una de las partes presentara a lo largo del proceso.

Será el resultado de esta contienda la que marque el grado de responsabilidad de las partes, en este caso, si ha sido demandado, el grado de responsabilidad del BANCO. Asentada esta premisa, **resulta prematuro constituir una Previsión sin contar con todos los elementos necesarios para anticipar con certeza la victoria o la derrota de alguna de las partes, e inclusive la sola participación del BANCO dentro este proceso.**

En el caso particular, lejos de contar con todos los documentos, hechos relevantes y testimonios de ambas partes, solo conocemos la versión de la señora Matilde Calderón de Saavedra.

-La entidad no ha considerado, que esta Autoridad al determinar la provisión a dado cumplimiento con la Norma Internacional de Contabilidad NIC37.-, EN ATENCIÓN A QUE EXISTE UNA OBLIGACIÓN PROBABLE QUE TIENE EL Banco de pagar a la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra, en caso de ser declarada titular de los depósitos del señor Abdón Zenón Calderón Saravia, situación que ha sido determinada por esta entidad en la Resolución recurrida, como resultado de un evento pasado, en este caso infracciones de control interno que han dado lugar al pago de los mencionados depósitos a los señores José Francisco Añez Ponce, Martha Añez Ponce, Teresa Elizabet Añez Ponce, Miguel Ángel Rodríguez Ponce y Margot Añez Ponce, habiendo sido la cantidad de la provisión estimada confiablemente.

En cuanto al argumento presentado por el Banco referente a que el efecto obligante es aún incierto, al no tener certeza del inicio de una eventual demanda, el mismo queda descartando en atención a que se presentó la demanda ordinaria de nulidad de declaratoria de herederos y división de bienes hereditarios extrañada por la Entidad, conforme la documentación remitida por la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra, mediante memorial de fecha 19 de agosto 2009.

La ASFI descalifica nuestros argumentos con pruebas y documentos que no ha puesto a nuestra consideración, cuya presentación no ha sido comunicada oportunamente y bajo el procedimiento establecido por el inciso primero del artículo 50 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, causándonos de esta forma una seria desventaja, atentando contra el **principio de equidad de las partes y generando un grave estado de indefensión para el Banco**. La ASFI debe velar por que el procedimiento respete y observe el ordenamiento jurídico nacional, **preservando la legalidad en todos sus actos**. Es así, que la potestad sancionadora debe ser ejercida por la ASFI en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso, a la igualdad de las partes y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo señalados anteriormente y por la doctrina.

Traducido en el hecho que pesa sobre la administración la carga de la prueba para la probanza de la conducta omisita (sic) que se pretende sancionar. No se hace referencia a ninguna base idónea que sostenga la posible pérdida de estos montos, pagados en ley a herederos judicialmente declarados, o la cierta posibilidad de pérdida en un proceso.

Que de acuerdo a lo que señala el artículo 27 de la Ley 2341, serán infracciones administrativas 'las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias', debiendo imponerse solo 'aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones Reglamentarias'. Lo anterior significa que la provisión de fondos por las razones fundamentadas en la resolución no se encuentra mencionada en la norma, como explicado en el inciso d) Cálculo de Provisiones, en el subtítulo Argumentos de hecho y de derecho. En consecuencia, no hay conducta tipificada, porque no hay causalidad objetiva y cierta.

### **3. Petitorio**

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, salvando el derecho a efectuar las ampliaciones y aclaraciones que consideremos necesarias ante la autoridad jerárquica competente, al amparo de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera), solicitamos a su Autoridad que acepte el presente Recurso de Revocatoria para que el Ministerio de Economía y Finanzas lo considere y resuelva disponiendo la **revocatoria** de la Resolución ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de Septiembre de 2009, dejando sin efecto la Provisión ordenada mediante resolución ASFI N° 048/2009, revirtiendo la Provisión constituida en fecha 28 de julio de 2009 por su manifiesta desproporcionalidad, ilegitimidad e injusticia."

### **6. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-**

Mediante memorial presentado el 4 de noviembre de 2009, Flora Matilde Calderón de Saavedra presenta alegatos, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros argumentando lo siguiente:

**"A)** Conforme se evidencia en obrados, mi persona a (sic) actuado de la manera más diligente posible. En fecha 03 de octubre de 2007 se comunicó al Banco el fallecimiento de mi hermano y además la sospecha de que personas inescrupulosas, tratarían de cobrar el dinero. He realizado esta advertencia a fin de que el BANCO no sea sorprendido, mientras realizaba mi declaratoria de herederos.

A fin de establecer con claridad, con qué entidades bancarias mi hermano mantenía relaciones comerciales, he procedido a presentar toda la

documentación pertinente que acredita mi condición de heredera a la ex S.B.E.F. en fecha 11 de Octubre quienes una vez revisada la documentación, han ordenado al sistema financiero informe sobre los aspectos solicitados, **"LEVANTANDO DE ESTE MODO EL SECRETO BANCARIO"**. El ente regulador ha comunicado al sistema bancario mi condición de heredera, es decir todo el sistema financiero sabía que mi hermano había fallecido y que yo conjuntamente con mis dos hermanas, quienes se declararon herederas posteriormente, éramos las personas que reclamábamos el derecho sobre el patrimonio de mi hermano.

Habiendo tomado conocimiento de que mi hermano mantenía relaciones bancarias con el B.C.P., me he apersonado a la ventanilla de atención al cliente a fin de presentar mi declaratoria de herederos y hacer valer la misma. Pero el funcionario que me ha atendido me ha comunicado que no existía ningún dinero que cobrar puesto que el cobro había sido realizado en la ciudad de Santa Cruz, por los hermanos AÑEZ PONCE Y RODRIGUEZ PONCE Y QUE NO PODÍA PRESENTAR MI DECLARATORIA AL B.C.P., por considerarse esta extemporánea ESTA AFIRMACIÓN CONDICE CON LA VERDAD, pues esta ha sido la manera en la que me he enterado por primera vez del mal pago que ha realizado el B.C.P. en la ciudad de Santa Cruz a los hermanos AÑEZ PONCE Y RODRIGUEZ PONCE.

Posteriormente he solicitado un informe escrito de lo sucedido al B.C.P a fin de tomar conocimiento de lo sucedido. Todo lo afirmado se encuentra en obrados. Por todo lo expuesto, se establece que he seguido el procedimiento regular para solicitar el pago de los dineros del cual era custodio el BCP. presentando mi declaratoria de herederos pero no he contado con la celeridad con la que han actuado los hermanos AÑEZ PONCE y RODRIGUEZ PONCE, ni TAMPOCO CON LA NEGLIGENCIA CON LA QUE HA ACTUADO EL B.C.P., AL ENTREGAR EL DINERO DE MI HERMANO INCUMPLIENDO CON LO DETERMINADO EN LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL JUEZ DE LA GUARDIA. AL PARECER LOS FUNCIONARIOS DEL DPTO. LEGAL DE SANTA CRUZ, TENÍAN PREMURA POR ENTREGAR EL PATRIMONIO DE MI HERMANO A TAL PUNTO QUE HAN OBVIADO EL PAGO DE IMPUESTOS Y LA MINISTRACIÓN DE LA POSESIÓN IMPUESTA POR EL JUEZ DE LA LOCALIDAD DE LA GUARDIA DEL DEPARTAMENTO DE SANTA CRUZ.

**B)** El B.C.P., no solamente ha realizado un mal pago a los hermanos Añez Ponce y Rodríguez Ponce, sino algo más grave, se (sic) obviado aspectos contenidos en la RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE LA GUARDIA, referentes al PAGO DE IMPUESTOS Y A LA MINISTRACIÓN DE LA POSESIÓN; ENTONCES COMO PRETENDE EL B.C.P DESCONOCER QUE HA EXISTIDO MAL PAGO; SI SUS ACTOS ASÍ LO DETERMINAN.

Al haber la ASFI determinado la existencia de un mal pago por incumplimiento a resoluciones judiciales, no dirime sobre derechos controvertidos de ninguna de las partes, al contrario **resguarda mi derecho a suceder los bienes de mi hermano**

**previa resolución judicial.** Caso contrario estaría dando por bien hecho el mal pago realizado a los hermanos AÑEZ PONCE Y RODRIGUEZ PONCE.

Por otra parte el B.C.P., no puede pretender que la ASFI manifieste su criterio en relación a pertinencia o no de exigir el pago de impuestos y la ministración de la posesión determinada por el JUEZ DE LA GUARDIA; por ser las resoluciones judiciales de cumplimiento obligatorio y en su integridad, sin necesidad de considerar o no su pertinencia, esto implicaría, poner a consideración de cualquier persona el cumplimiento o no de una resolución judicial.

**C)** Por otra parte, el B.C.P., se cuestiona ¿Qué derecho inherente a mi persona ha modificado el Banco? Al realizar un mal pago a los hermanos AÑEZ PONCE y RODRIGUEZ PONCE, mediante la modificación de una resolución judicial el B.C.P. ha modificado también, mi derecho a la sucesión sobre los bienes de mi hermano.

Los usuarios del servicio, no pueden ser responsables de los actos de los funcionarios del B.C.P. y mucho menos de la elaboración o cumplimiento de su manual de procedimiento o control interno. Lo que ha sucedido en este caso es que el B.C.P. ha incumplido órdenes judiciales, omisión que desde ningún punto de vista puede ser atribuida a mi persona, y que conforme se establece en obrados he actuado de la manera más diligente posible.

**D)** Los supuestos que realiza el B.C.P., en sentido del pronunciamiento judicial, sobre el derecho de las partes en conflicto, carecen de sustento legal y no son oportunos, pues otorga a mi persona la calidad de parte perdedora y a los hermanos AÑEZ PONCE Y RODRIGUEZ PONCE, como parte victoriosa, asumiendo esta posición sin competencia alguna y a fin de precautelar sus intereses de no provisionar la suma de dinero entregada de una manera ilegal.

Lo que pretende mi persona es que el B.C.P., reponga los dineros entregados de una manera irresponsable, ilegal y sesgada a los hermanos AÑEZ PONCE Y RODRIGUEZ PONCE, a fin de que estos se encuentren a disposición con sus respectivos intereses, una vez que la autoridad correspondiente dirima los derechos controvertidos. Considerando que el B.C.P., es responsable de sus actos no solamente en materia administrativa, sino también en materia civil y penal.

Asimismo, el hecho obligante del B.C.P. en relación a la provisión nace con el INCUMPLIMIENTO A LA ORDEN JUDICIAL DEL JUEZ DE LA GUARDIA, EN LO REFERENTE AL PAGO DE IMPUESTOS Y A LA MINISTRACIÓN DE LA POSESIÓN. El evento obligante es cierto y ha suscitado el inicio de una demanda ordinaria; en desmedro de mis intereses.

**E)** Al presente, el B.C.P., manifiesta interés por conocer la versión de los hermanos AÑEZ PONCE y RODRIGUEZ PONCE, quienes se han visto beneficiados por la negligencia de la entidad bancaria, por consiguiente; sugiero se pongan

en contacto con ellos a fin de que les hagan conocer su posición dentro de este proceso administrativo. El B.C.P., debe contar con las generales de ley de los hermanos mencionados. En lo que a mi respecta debo manifestar que; desconozco donde ubicarlos.(sic)

**G)** En relación a la existencia de vicios de nulidad dentro del presente proceso administrativo, pido a su autoridad se sirva subsanar los mismos sin que esto perjudique más intereses conforme ha venido sucediendo hasta el presente.

### **PETITORIO.-**

Por todo lo expuesto, solicito a su autoridad se sirva confirmar la RESOLUCIÓN ASFI N° 239/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009, por considerar la determinación, proporcional, legítima y justa...”

### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1. DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.-**

El procedimiento administrativo se rige por principios administrativos, por lo que previamente al análisis de fondo, serán revisados aquellos atinentes al presente caso:

##### **1.1. Principio de Congruencia.-**

El principio de congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

“... **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**”.  
(Negritas 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**”.* (Negritas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro “Derecho Administrativo General”, refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha.

Por lo que, la motivación expresada por la administración, en sujeción al principio de congruencia, debe estar íntimamente ligada a la decisión adoptada.

### **1.2. Seguridad Jurídica.-**

Conforme se tiene del precedente administrativo anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, referente a la Seguridad Jurídica tenemos que:

*“La **seguridad jurídica** en todo proceso permite establecer a cabalidad que el procedimiento administrativo haya sido cumplido, traduciéndose en un valor supremo del derecho que conduce al camino correcto en el que los jueces, tribunales y administradores de justicia en general deben seguir para obrar en equidad y derecho buscando la mayor congruencia entre lo legal y lo justo, permitiendo que los administrados conozcan en todo momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones.*

*El derecho y la certidumbre que tiene toda persona frente a las decisiones de la administración pública es una cuestión de seguridad jurídica que debe ser adoptada en el marco de la aplicación objetiva de la Ley, de acuerdo a los principios generales de la actividad administrativa.”*

Por lo tanto, la seguridad jurídica en todo proceso administrativo, es la garantía que cuenta el administrado de que se siga un proceso justo y conforme a la normativa.

### **1.3. 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, 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.

## **2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

### **2.1. DE LA PREVISION Y PROVISIÓN.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), mediante Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009, instruyó “**PROVISIONAR**” los montos correspondientes a dos Depósitos a Plazo Fijo y una Cuenta de Ahorro, para que se restituya a la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra tales importes, **en caso de ser declarada titular** de los mismos.

De la fundamentación presentada en la parte considerativa de la citada Resolución Administrativa, puede advertirse que la disposición tiene un carácter preventivo y prudencial, en caso de que la resolución judicial beneficie en su fallo a la impetrante, por tanto tal situación se encuentra sujeta a una probabilidad de ocurrencia y en ningún caso es un hecho cierto.

Presentado el Recurso de Revocatoria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emite el Informe Legal: ASFI/DAJ/R – 37793/2009 por el cual analiza los argumentos esgrimidos por el recurrente, determinando que en ninguno de los casos tales argumentos son válidos para revocar la resolución emitida. No obstante, en el apartado de conclusiones, establece de forma tangencial que el recurrente no hace diferencia entre previsión y provisión y determina que a efectos de una mejor adecuación contable se utilice la cuenta 257.01 OTRAS **PREVISIONES**.

En base a este informe se emite la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 en fecha 8 de julio de 2009, por la cual **CONFIRMA**, la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 y sin mayor argumento o fundamento que sostenga su determinación, de forma tangencial, establece en su última oración lo siguiente:

*“...para una mejor exposición contable, conforme el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, utilizar la cuenta 257.01 otras provisiones”*

Ahora bien, conforme establece el “Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras” existe una **diferencia sustancial** entre PROVISIONES y PREVISIONES.



A saber, "PROVISION" es:

**"CUENTA: PROVISIONES**

**DESCRIPCIÓN:**

*En esta cuenta se registra el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, son ciertas e ineludibles y se encuentran pendientes de pago, tales como, el importe devengado de los beneficios sociales del personal de la entidad, los impuestos a cargo de la entidad, que aún no son exigibles.*

*Las provisiones se ajustan mensualmente en función de las estimaciones."*

En cambio y siguiendo con la transcripción del mismo Manual "PREVISION" se define de la siguiente manera:

**"CUENTA: PREVISIONES**

**DESCRIPCIÓN:**

*Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.*

*Las provisiones que representan correcciones de valor de Inversiones temporarias, Cartera, otras Cuentas por cobrar, Bienes realizables e Inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo."*

Por tanto, queda claro que al no tratarse de **obligaciones ciertas e ineludibles**, la ASFI incurrió en un desconocimiento de su propia norma regulatoria al instruir una PROVISION.

Asimismo, la ASFI se separa de las normas y principios básicos del procedimiento administrativo, por las siguientes razones:

- a) Emite la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, transgrediendo el **principio de congruencia**, debido a que la parte considerativa no lleva relación con la resolutive, al haber determinado la Provisión de montos, sobre obligaciones aún no ciertas, cuando su fundamentación determinaba lo contrario, generando confusión en el regulado.
- b) Emite Resolución **Confirmatoria Total** (Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009), cuando en la parte resolutive, está modificando substancialmente la instrucción anterior dada mediante Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, es decir de "Provisión" a "Previsión", constituyendo más una rectificación de fondo, que no puede asimilarse a una Confirmatoria Total.  
Si bien, la inconsistencia ha sido rectificada con esta Resolución sin embargo al confirmar la Resolución Administrativa inicial y efectuar la rectificación

materialmente diferente a la instrucción inicial, ha vulnerado el Principio de Congruencia que debió respetar el procedimiento administrativo.

- c) Emite la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009, en incumplimiento al principio de motivación, ya que no fundamenta la modificación substancial que realiza.

Esta serie de defectos, ha generado que el derecho a la defensa se vea conculcado, induciendo en error al recurrente, al defenderse respecto a la instrucción de provisión, que habría sido generada como un hecho cierto y no como correspondía en una probabilidad, cual es el caso de autos.

## **2.2. Del Procedimiento Administrativo.-**

Compulsado el expediente, tenemos la siguiente relación de hechos:

En fecha 29 de diciembre de 2007, las Sras. Flora Calderón de Saavedra y Mercedes Calderón Saravia, presentan reclamo ante la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, contra el Banco de Crédito de Bolivia S.A., manifestando que esa entidad financiera habría procedido a devolver los Depósitos a Plazo Fijo y de Cuenta Corriente correspondientes a su fallecido hermano Abdón Zenón Calderón Saravia, a favor de los hermanos Añez, cuya solicitud de devolución y Declaratoria de Herederos, fueron emitidas de manera posterior a la Sentencia Judicial que declara heredera a la señora Flora Matilde Calderón Saravia, fallo que fue puesto en conocimiento de la oficina central del Banco de la ciudad de La Paz, de manera previa a la solicitud de pago presentada por los hermanos Añez en la Gerencia Regional de Santa Cruz de la misma entidad.

En fecha 11 de enero de 2008 mediante nota SB/ICE/ D-1445/2008, dirigida al Banco de Crédito de Bolivia S.A., la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (Ex SBEF), solicita Informe legal e Informe técnico sobre el reclamo presentado por la Sra. Flora Calderón de Saavedra en fecha 29 de diciembre de 2007.

Luego de varias ampliaciones concedidas por la Ex SBEF al plazo inicial otorgado al Banco para la emisión de los informes solicitados, finalmente mediante nota SARC Nro. BC0932-080116-082801 de fecha 14 de febrero de 2008, el Banco de Crédito de Bolivia S.A. remite Informe Legal DPTO/LGSC/012008 de fecha 13 de febrero de 2008 que le fuere solicitado.

En fecha 20 de febrero de 2008, mediante nota D-7574/2008, la Ex SBEF solicita informe legal complementario.

En fecha 27 de febrero de 2008 mediante nota SARC Nro. BC0932-080221-195503, el Banco de Crédito de Bolivia, da respuesta a la solicitud de informe complementario.

En fecha 1 de abril de 2008, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, comunica al Banco de Crédito de Bolivia S.A. que en fecha 3 de abril de 2008 se realizaría inspección especial.

El 27 de junio de 2008, la EX SBEF mediante nota SB/IDC/D 33145/08 dirigida al Banco de Crédito de Bolivia S.A. señala que:

*"...Al respecto, de acuerdo al análisis operativo del caso, se advierten deficiencias operativas incurridas por el Banco de Crédito de Bolivia S.A. en la gestión legal realizada para efectuar la devolución, por fallecimiento, de los depósitos constituidos por el Sr. Abdón Zenón Calderón Saravia, a favor de los herederos José Francisco Añez Ponce, Martha Añez Ponce, Teresa Elizabeth Añez Ponce, Miguel Ángel Rodríguez Ponce y Margot Añez Ponce.*

*Considerando que las deficiencias detectadas por el órgano administrativo de supervisión deben ser enmendadas por la misma entidad una vez advertidas, la entidad a su cargo deberá corregir sus procedimientos internos en función al contenido del citado informe, debiendo comunicar a este Órgano Fiscalizador, hasta el 11 de julio de 2008, las determinaciones adoptadas.*

*Con relación al reclamo presentado y debido a la naturaleza específica de los antecedentes formales, se ha comunicado a los reclamantes que las facultades administrativas de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanzan a determinar el mejor derecho de los causahabientes, que como en el presente caso, presentaron al Banco de Crédito de Bolivia S.A dos Resoluciones Judiciales que resuelven la sucesión hereditaria de un mismo causante salvando derechos de terceros, por lo cual, corresponde a las señoras Flora Matilde Calderón de Saavedra y Mercedes Calderón Saravia, acudir a las instancias judiciales correspondientes y hacer uso de las facultades que la Ley les franquea"*

El mismo 27 de junio de 2008, la EX SBEF mediante nota SB/IDC/D 33125 otorga respuesta oficial a las Sras. Flora Calderón de Saavedra y Mercedes Calderón Saravia, por el reclamo presentado señalando lo siguiente:

*"...Al respecto tengo a bien comunicar a ustedes, que de acuerdo con la documentación que cursa en los archivos de la entidad y la aplicación de las disposiciones legales y normativas vigentes, se ha evidenciado la existencia de deficiencias operativas en la gestión legal realizada por la Regional Santa Cruz del Banco de Crédito de Bolivia, en atención del trámite de devolución, por fallecimiento, de los depósitos constituidos por el Sr. Abdón Zenón Calderón Saravia a favor de los herederos José Francisco Añez Ponce, Martha Añez Ponce, Teresa Elizabeth Añez Ponce, Miguel Ángel Rodríguez Ponce y Margot Añez Ponce, por lo cual la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tomará las determinaciones administrativas correspondientes.*

*Sin embargo de lo anterior, corresponde informar a ustedes que las facultades administrativas de este Órgano Supervisor no alcanzan a conocer ni determinar*

*aspectos formales de orden judicial, que como en el presente caso, corresponden a la determinación del mejor derecho de los causahabientes, así declarados por dos resoluciones judiciales presentadas al Banco de Crédito de Bolivia S.A. que resuelven la sucesión hereditaria de un mismo causante salvando derechos de terceros, por lo cual, corresponde a ustedes hacer uso de las facultades que la Ley les franquea acudiendo a las instancias judiciales correspondientes."*

En fecha 9 de julio de 2008, mediante memorial la Sra. Flora Calderón pide se eleve la nota SB/IDC/D 33125, a Resolución Administrativa.

En fecha 24 de julio de 2008, la ASFI emite la Resolución Administrativa ASFI 140/08, donde determina que:

*"1.- Ratificar el contenido de la carta SB/IDC/D 33125/2008 de 27 de junio de 2008, confirmando que las facultades administrativas de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanzan a determinar el mejor derecho de los causahabientes, que se sustentan en dos Resoluciones judiciales que resuelven la sucesión hereditaria de un mismo causante, salvando derechos de terceros, ambas presentadas al Banco de Crédito de Bolivia S.A., correspondiendo a las reclamantes, acudir a las instancias judiciales competentes haciendo uso de las facultades que la Ley les franquea.*

*2.- La presente Resolución debe ser puesta en conocimiento tanto de la parte impetrante así como también del Banco de Crédito de Bolivia S.A."*

En fecha 8 de agosto de 2008, la Sra. Flora Calderón interpone Recurso de Revocatoria, que es resuelta mediante Resolución Administrativa SB No. 182/2008 de 22 de septiembre de 2008.

En fecha 13 de octubre de 2008, la Sra. Flora Calderón interpone Recurso de Jerárquico, mismo que se resuelve mediante Resolución Jerárquica 2/2009 de fecha 7 de enero de 2009, determinando que:

*"Anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa SB N° 140/2008 de 24 de julio de 2008, inclusive, debiendo la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras pronunciarse en base a los fundamentos de la presente Resolución Jerárquica"*

En fecha 8 de julio de 2009, se emite la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009, cuya parte Resolutiva se transcribe en el segundo Considerando de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

El 16 de septiembre de 2009, se emite la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009, que confirma la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009, cuya parte considerativa y resolutive ha sido transcrita precedentemente.

Como se ha podido observar, la Ex SBEF mediante nota SB/IDC/D 33145/08 de 27 de junio de 2008, ha determinado la existencia de deficiencias operativas, sin antes haber solicitado al Banco de Crédito de Bolivia S.A., presente sus descargos de dicha imputación, en estricta sujeción al debido proceso normado por la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo No. 27175. Sin embargo dicha situación no ha sido impugnada por el citado Banco y más bien ha sido ratificada por el mismo, a lo largo del proceso administrativo recursivo.

Es más, y fundamentalmente el presente proceso administrativo en curso, no se origina por dicha nota, sino por aquella que da respuesta a la Sra. Flora Calderón. Por lo que, en virtud a ello y tomando en cuenta el principio de convalidación, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no entra en mayor análisis sobre el particular.

### **2.3. DE LOS AGRAVIOS PRESENTADOS POR EL RECURRENTE.-**

#### **2.3.1. El recurrente alega que la Declaratoria de Herederos de la Sra. Flora Matilde Calderón de Saavedra nunca fue presentada al Banco, en consecuencia no pudo ser registrada en su Base de Datos, ni ser tomada en cuenta.**

Con referencia a que la Declaratoria de Herederos de la Sra. Flora Matilde Calderón de Saavedra no fue presentada, se tiene que compulsado el expediente administrativo a Fs. 73, 75, 420, 501 del Primer Cuerpo, se cuenta con los siguientes actuados, en los que se determina que el Banco de Crédito de Bolivia S.A. ha recibido la Declaratoria de Herederos en fecha 10 de octubre de 2007, conforme se evidencia a continuación:

- a) Nota del Banco de Crédito a la Sra. Flora Matilde Calderón de Saavedra de fecha 18 de octubre de 2007 con cite SARC N° BC0932-071012-171217 donde le informan:

*“Mediante la presente damos atención a la nota de fecha 10 de octubre de 2007, transmitida a nuestra Institución a través de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, con carta circular SB/IAJ/D-39999/2007 de fecha 08 de octubre de 2007, por la cual requiere información de las cuentas que registra el señor Abdón Zenón Calderón Saravia y estados de cuenta desde el mes de enero de 2006, al respecto acompañamos e informamos(...)”*

- b) Nota dirigida al Banco de Crédito de Bolivia S.A. por la Sra. Flora Calderón de Saavedra de fecha 4 de diciembre de 2007, donde expresa entre otros expresa lo siguiente:

*“... En fecha 11 de octubre de 2007, se presentó una carta con una orden de la SBEF en la que **se adjunta mi Declaratoria de Herederos** y se reitera que mi*

hermano a(sic) fallecido en fecha 13 de septiembre de 2007. **Debo manifestar que en esta fecha el B.C.P. ya tenía las pruebas en su poder que acreditaban el fallecimiento de mi hermano y que mi persona es una de las herederas**, hecho que se establece en la declaratoria de herederos...” (Negrillas y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

c) Memorial de fecha 21 de agosto de 2008, presentado como tercero interesado, dentro del Recurso de Revocatoria planteado por la Sra. Flora Matilde Calderón de Saavedra, donde declara expresamente que:

**“...a) Con relación a la inexistencia del Cargo de entrega de carta.-**

Adjuntamos copia de la carta entregada por archivo central, según el tenor de la misma el domicilio de la cliente no se consignó por lo (sic) la entrega debió producirse en: “mesa de partes” (del banco), no habiendo sido recogida la carta por la cliente, no obstante lo cual aclaramos **que los requisitos solicitados en la misiva mencionada, fueron presentados por la recurrente, adjuntos en carga de fecha 11 de octubre**, por lo que no viene al caso el argumento esgrimido, sobre el desconocimiento de los requisitos exigidos por el Banco. Adicionalmente informamos que posteriormente las interesada remitieron (una vez presentados los requisitos) el oficio SARC de 18 de octubre de 2007 CITE SARC No. BC0932-071012-171217, que también adjuntamos.” (Negrillas y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La nota a la que hace referencia el párrafo transcrito es la emitida por el Banco de Crédito de Bolivia S.A. en fecha 3 de octubre de 2007, con CITE: No. BC0932-070928-173558, donde señala:

“Siempre dispuestos a solucionar sus consultas y brindarle el mejor servicio, le comunicamos que hemos analizado su solicitud a través de carta recibida en fecha 28 de septiembre de 2007.

Al respecto, informamos que para poder dar curso a su solicitud, requerimos la siguiente documentación:

- Certificado de Defunción
- **Declaratoria de herederos**
- **CI de los herederos ...** (Negrillas y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

d) Memorial presentado en fecha 24 de noviembre de 2008, como tercero interesado, dentro del Recurso de Jerárquico planteado por la Sra. Flora Matilde Calderón de Saavedra, donde declara expresamente los mismos extremos señalados en el Memorial transcrito *up supra*.

Finalmente, se verifica que la ASFI en la inspección realizada ha comprobado y constatado la existencia de la Declaratoria de Herederos, cual afirma en el Informe de

Inspección Especial N° SB/SB/IDC/D-27829/2008 Parágrafo III, numeral 1 cuarto párrafo, al señalar lo siguiente:

*“...En fecha 11/10/2007 la señora Calderón presentó carta al BCR (sic) adjuntando la Declaratoria de Herederos a su favor y la Circular de la SBEF, solicitando el cumplimiento de la mencionada circular pidiendo además **que le hagan entrega de la documentación referente a las cuentas de de su hermano.** El Banco con carta SARC BC0932-071012-171217 de 18/10/07 responde a la señora Calderón con la información de las cuentas, empero **no adjunta la documentación requerida.**” (Subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial jerárquica).*

Este informe se ha puesto en conocimiento del Banco de Crédito de Bolivia mediante nota SB/ICD/D-33145/2008 de 27 de junio de 2008.

Por lo que, no habiendo el recurrente desvirtuado sus declaraciones expresas y reiteradas, respecto a la recepción del Testimonio de Declaratoria de Herederos en fecha 11 de octubre de 2007, o aquellas comunicaciones donde la Sra. Calderón le hace notar haberle entregado la Declaratoria de Herederos en la misma fecha, no puede ahora con la interposición del recurso jerárquico alejarse de los hechos, sin mayor fundamentación que simples aseveraciones.

Por lo tanto, al existir documentación aportada por las partes incluyendo el propio recurrente, este argumento no merece mayor análisis, remitiéndonos a la misma.

**2.3.2. El BCP argumenta que la ASFI cae en el error al considerar como legítima la Declaratoria de Herederos otorgada a favor de la Sra. Flora Calderón al imponer la obligación de constituir una provisión de los montos cobrados por los hermanos Añez Ponce, desconociendo la existencia de la Declaratoria de Herederos presentada por estos últimos.**

De la revisión de la Resolución impugnada se tiene que la ASFI en ningún momento se ha referido al mejor derecho de la Sra. Flora Calderón, ni al mejor derecho de los hermanos Añez Ponce y Rodríguez Ponce, ni da mayor validez a ninguna declaración de herederos, sino observa el hecho de que el Banco de Crédito de Bolivia S.A. al haber tenido conocimiento de estas dos Declaratorias de Herederos y al existir dos grupos diferentes de herederos, correspondía a la sucursal de Santa Cruz solicitar el bloqueo de todas las cuentas del fallecido, conforme dispone su mismo Reglamento del Banco 1010.615.05.02 de 27 de febrero de 2004, donde refiere que en caso de existir duda sobre la Declaratoria de Herederos, el Departamento Legal puede solicitar el bloqueo de la cuenta.

Sin embargo, es evidente la confusión que ha generado la ASFI al recurrente, conforme se evidencia del numeral 2.1. anterior, generando indefensión al administrado.

**2.3.3. El recurrente argumenta, que la ASFI fundamenta su Resolución Administrativa, en base a derechos civiles ajenos a la operativa interna del Banco, en otras palabras, la ASFI no solamente se ha limitado a analizar el cumplimiento de normas o procedimientos internos o administrativos, sino que ha emitido su criterio respecto a las normas legales civiles que aplican los derechos sucesorios.**

Al respecto el recurrente debe considerar que las entidades financieras dentro del desenvolvimiento normal de sus actividades, están sometidas a normas de derecho público y privado y por ende éstas están obligadas a **cumplir** con el ordenamiento jurídico nacional.

El hecho de que el recurrente señale que la ASFI no puede referirse a la normativa civil no condice con ningún procedimiento, más aún si consideramos que la normativa es de cumplimiento obligatorio y no sujeta a la voluntad. Sin embargo y fundamentalmente en el caso de Autos, se está discutiendo la existencia de deficiencias operativas internas que generaron un error operativo, que habría existido en el Banco, toda vez que tomó conocimiento de dos Declaratorias de Herederos, la primera correspondiente a las hermanas Calderón en fecha 11 de octubre de 2007 en la Ciudad de La Paz y la segunda correspondiente a los hermanos Añez Ponce y Rodríguez Ponce que fue puesta en conocimiento en fecha 12 de noviembre de 2007, y pese a ello se procedió con la cancelación y cierre de cuentas del Sr. Abdón Zenón Saavedra en fecha 16 de noviembre de 2007 a favor del último grupo familiar, cuando lo que hubiera correspondido, conforme a procedimiento interno era bloquear las cuentas y no proceder con el pago.

**2.3.4. En cuanto a lo alegado por el recurrente de que la Sra. Flora Calderón, nunca hizo un requerimiento de pago de los títulos adquiridos en mérito de su Declaratoria de Herederos y que ella solo se limitó a pedir información sobre las cuentas de su fallecido hermano pudiera tener en el Banco, por ésta razón la solicitud fue ingresada al SARC. Si ella hubiera solicitado el cobro de los dineros, en su calidad de legítima heredera, está solicitud hubiera ingresado al Departamento Legal del Banco en La Paz, instancia que tiene comunicación directa con los demás departamentos legales de la entidad y de esta forma se hubiera sometido al procedimiento descrito por flujograma interno.**

Al respecto se tiene que este hecho no puede ser considerado como un eximente de responsabilidad, ya que independientemente de donde o con que tenor fue ingresada la solicitud efectuada por la Sra. Flora Calderón, el Banco está en la obligación de arrimar y concentrar toda la información existente a los antecedentes del depositante, y más aún si recibe dos Declaratorias de Herederos de **grupos familiares distintos**, consolidándola a nivel nacional y registrarla en el sistema informático del Banco, toda vez que el mismo es el custodio legal de los montos depositados, debiendo haber procedido conforme a su propio Reglamento Interno. Sin perjuicio de ello y basado en lo ya analizado en los numerales anteriores, se verifica la falta de controles internos, mismos que fueron reconocidos por el propio Banco de



Crédito en la Nota G.L. No. 512/08 de 11 de julio de 2008, inserto a Fs. 332 del Primer Cuerpo del Expediente Administrativo, que afirma:

*“En primer término **asumimos las deficiencias de comunicación interna entre las sucursales del Banco en este caso en particular**, no obstante, con referencia a las conclusiones del informe realizado hacemos notas lo detallado a continuación:*

- a) El Departamento legal de Santa Cruz, realizó la revisión y análisis de la documentación correspondiente, evidenciándose este extremo por los informes y el memorándum, debidamente adjuntos al caso.*
- b) Con relación a los datos puestos a disposición de las reclamantes, informamos que el Banco proporcionó la información solicitada por las reclamantes. Reiteramos que en ninguna de las comunicaciones se formaliza al Banco la solicitud de bloqueos de cuenta o cualquier otro tipo de alerta.*
- c) Con relación a este punto, el Banco está tomando las correspondientes medidas correctivas de acuerdo a lo que será explicado más adelante.(...)*

*Con referencia al punto 2.a de las recomendaciones, **se modificará la norma del Banco referente a los cobros y cancelaciones por fallecimiento**, incluyéndose nueva operativa además de estar contemplada a mediano plazo el desarrollo de medios electrónicos especiales para el efecto. En cuanto a la normativa, ésta entrará en vigencia a partir del próximo mes de agosto...”* (Negrillas y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, queda claro que existieron deficiencias operativas, que generaron el incumplimiento de su normativa interna, cuya repercusión fue el pago a uno de los dos grupos familiares que presentaron Declaratoria de Herederos, situación que no puede ser salvada con el argumento presentado por el recurrente, respecto al tenor de la nota de reclamo, sino y como se señaló por el contrario a sola recepción de las dos Declaratorias de Herederos, el Banco debió dar cumplimiento a su normativa interna.

**2.3.5. El recurrente argumenta, que la ASFI descalifica nuestros argumentos sobre la base de pruebas y documentos que no ha puesto a nuestra consideración, que no ha verificado y cuya presentación no ha sido comunicada oportunamente, bajo el procedimiento establecido por el inciso primero del artículo 50 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, causándonos de esta forma una seria desventaja, atentando contra el principio de equidad de las partes y generando un grave estado de indefensión para el Banco.**

Los recurrentes omiten su obligación de expresar de manera clara y precisa cual sería la prueba o documentos que no se hubieran puesto en su conocimiento siendo esta en rigor una herramienta apta para cuestionar eficazmente el acto administrativo impugnado.

Sin embargo y revisada la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009, en su página 8 la ASFI señala:

*“En cuanto al argumento presentado por el Banco referente a que el efecto obligante es aún incierto, al no tener certeza del inicio de una eventual demanda, el mismo queda descartando (sic) en atención a que se presentó la demanda ordinaria de nulidad de declaratoria de herederos y división de bienes hereditarios extrañada por la Entidad, conforme la documentación remitida por la señora Flora Matilde Calderón de Saavedra, mediante memorial de fecha 19 de agosto de 2009.”*

Por lo que, queda claro que la ASFI no puso en conocimiento de la Entidad recurrente, la documentación en la que a su vez basó su fundamentación, en transgresión al principio de transparencia y debido proceso.

**CONSIDERANDO:**

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha seguido el debido proceso.

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, 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.

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 37 norma la convalidación y saneamiento procesal de los actos anulables disponiendo en su párrafo I, lo siguiente: *“Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.”*

Que, en este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

BANCO ECONÓMICO S.A. Y SERVICIOS DE PRETENSADO Y  
CONSTRUCCIÓN "SERPREC LTDA."

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI Nº 266/2009 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 DE 23 DE FEBRERO DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA PARCIALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010**

La Paz, 23 de febrero de 2010

### **VISTOS:**

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por el **BANCO ECONÓMICO S.A.** y **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN "SERPREC LTDA."**, la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 002/2010 de 3 de febrero de 2010, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 009/2010 de 12 de febrero de 2010, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memoriales presentados el 12 y 28 de octubre de 2009, el **BANCO ECONÓMICO S.A.**, legalmente representado por su Gerente General Ing. Justo Yépez Kakuda, en mérito al Testimonio de Poder N° 36/2000 de fecha 24 de enero de 2000 otorgado por ante Notaria de Fe Pública de Primera Clase N° 40, del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de Edith Castellanos Salas, por una parte y por la otra, **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA."**, debidamente representado por Magno Guillermo MayoríMachicao, según Testimonio de Poder N° 103/2009 de 31 de enero de 2008 otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 3 del Distrito Judicial de Cochabamba a cargo del Dr. Ramiro Villarroel C., interpusieron Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante cartas ASFI/DAJ/R-46858/2009 y ASFI/DAJ/R-53339/2009 recepcionadas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en fechas 15 de octubre y 5 de noviembre de 2009, respectivamente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió los Recursos Jerárquicos, los mismos que fueron admitidos y acumulados a través de los Autos de Admisión de 21 de octubre y 10 de noviembre de 2009.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 74/2009 DE 30 DE JULIO DE 2009**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio 2009, notificada el 7 de agosto de 2009, tanto a la Empresa SERPREC LTDA., como al Banco Económico S.A., la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

*“1° Desestimar el cargo notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14163/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al Gerente General del Banco Económico S.A. señor Justo Yépez Kakuda.*

*2° Amonestar al Banco Económico S.A. en la persona de su representante legal señor Justo YépezKakuda, por los incumplimientos al cargo 4 y 5 notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14164/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al haberse evidenciado la contravención a las disposiciones legales y normativas administrativas.*



3º Instruir al Banco Económico S.A. provisionar el monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9, a efectos de atender a la contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante, en el plazo de 7 días hábiles administrativos, debiendo remitir copias de los comprobantes contables correspondientes.

4º Instruir el cumplimiento del artículo 110 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, por lo que la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Económico S.A., y remitir a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero copia de las Actas respectivas.

5º Notificar con la presente Resolución al reclamante en la persona de su representante Legal Ing. Guillermo MayoriMachicao..."

## **2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-**

### **2.1.- BANCO ECONÓMICO S.A.**

En fecha 13 de agosto de 2009, el Banco Económico S.A. presentó Recurso de Revocatoria con los siguientes argumentos:

#### **"II. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Habiendo sido legalmente notificados en fecha 07 de agosto de 2009 con la Resolución ASFI N° 74/2009, de fecha 30 de julio de 2009 amparados en las disposiciones de la Sección Segunda de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril del 2002 referidas al Recurso de Revocatoria tenemos a bien, dentro del plazo establecido en el Art. 64 de la señalada Ley de Procedimiento Administrativo, interponer el RECURSO DE REVOCATORIA impugnando la Resolución ASFI N° 74/2009 emitida por su autoridad en base a los siguientes fundamentos de carácter legal y en consideración que la misma, de forma parcial, específicamente los numerales 2 y 3, vulneran los legítimos derechos del **BANCO ECONÓMICO S.A.** y causan agravio a la entidad que represento, conforme paso a exponer:

#### **II. INOBSERVANCIA DE LA LEY 2341 Y JURISPRUDENCIA.-**

La Resolución ASFI N° 74/2009, en su parte Resolutiva, numeral 2 impone una sanción de amonestación sin observar lo establecido por el Art. 79 de la Ley N° 2341 y la jurisprudencia establecida por la Resoluciones emitidas por el SIREFI y la misma SBEF, ahora ASFI. La sanción impuesta, es ilegal y por lo tanto causa agravio al Banco Económico S.A., toda vez que de forma expresa el Art. 79 de la Ley N° 2341 establece lo siguiente:

**Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.** Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de

cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de fecha 23 de marzo del 2006 establece: '**LA PRESCRIPCIÓN SE COMPUTA DESDE EL DÍA SIGUIENTE DE PRODUCIDA LA INFRACCIÓN**, y en caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. **Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento**'.

La Resolución ASFI N° 74/2009 analiza de forma totalmente errada la excepción de prescripción planteada por el Banco, al señalar que la '...interrupción de la prescripción se dio cuando el reclamo de la empresa SERPREC Ltda. sobre los hechos discutidos en la presente fueron de conocimiento pleno de la Entidad, y a tal efecto, la entidad emitió su respuesta definitiva mediante nota 8 de agosto de 2008'. (ver párrafo 6 de la página 16 de la Resolución ASFI N° 74/2009).

Es importante aclarar ante su autoridad que la entidad bancaria (Banco Económico S.A.) emitió su respuesta definitiva mediante nota de 8 de agosto de 2008 signada con el Cite: GG 217/2008, la cual NO que(sic) puede ni debe considerarse como un acto que hubiera interrumpido la prescripción, ni constituye una renuncia por parte del Banco para hacer valer la prescripción, puesto que esta nota de respuesta no contiene un reconocimiento expreso o tácito del supuesto derecho de SERPREC para que pueda interrumpir la prescripción conforme lo establece el Art. 1505 del Código Civil y, por el contrario esta nota constituye un acto de defensa ante el ataque extorsivo perpetrado por el actual representante de SERPREC.

Sr. Director Ejecutivo, la nota de respuesta del Banco de fecha 8 de agosto de 2008 se da en cumplimiento a la normativa de la ASFI de atender los reclamos de los clientes y, toda vez que la misma no constituye un reconocimiento expreso o tácito del supuesto derecho de SERPREC no puede entenderse que la misma hubiera interrumpido la prescripción conforme lo tenemos expuesto y fundamentado.

Dentro de este contexto, la primera solicitud presentada ante el SARC por el representante de SERPREC se realiza en fecha 5 de mayo del año 2008 mediante carta CITE SERPREC 097/08, es decir luego de haber dejado transcurrir SERPREC más de TRES AÑOS y OCHO MESES de haberse producido la supuesta infracción del Banco en el pago del cheque N° 05079-9 cuando evidentemente ya se ha operado la prescripción, toda vez que el cheque N° 05079-9 fue cobrado por SERPREC Ltda., en la persona de su representante Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo en fecha 24 de septiembre del año 2004 que es la fecha en que la empresa SERPREC Ltda. (Persona jurídica) asumió conocimiento de esta operación bancaria y es precisamente a partir del día siguiente (25 de

septiembre del año 2004) que empieza a computarse el plazo de la prescripción (Art. 1488 del Código Civil).

Señor Director Ejecutivo de la ASFI, el instituto jurídico de la prescripción se funda en principios de seguridad jurídica y el citado Art. 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo invocado por el Banco Económico S.A. tiene crucial importancia en el presente proceso administrativo, toda vez que la Prescripción es una institución de orden público que responde a la necesidad social de mantener pendientes las relaciones jurídicas indefinidamente, y pone fin a la indecisión de los derechos y consolida las situaciones creadas por el transcurso del tiempo, disipando las incertidumbres.

Como lo pone de relieve Carli Carlo, en su obra Demanda Civil página 18, la Excepción de Prescripción tiene cabida por razones de carácter práctico, pues evita la prosecución de procesos en sus diferentes etapas las cuales se transforman en innecesarias.

Con relación a la prescripción, justamente los fallos emitidos por el SIREFI que son citados en la Resolución ASFI N° 74/2009, son concordantes con el Art. 79 de la Ley 2341, y establecen en forma clara que solo puede interrumpirse o suspenderse el término **de una prescripción en curso, no de una cumplida**, aspecto que por demás es lógico, puesto que no se puede hablar de 'interrupción' de plazos ya vencidos, cuando el plazo se ha completado no hay nada que interrumpir. En el presente reclamo, al haber prescrito la supuesta infracción correspondía que la ASFI declare prescrita la misma, puesto que los hechos denunciados como irregulares se han producido en fecha 24 de septiembre del 2004 y hasta el 25 de septiembre del 2006, la empresa SERPREC no realizó reclamo alguno ante el órgano fiscalizador (ASFI).

Es sesgado pensar que el Banco Económico S. A. hubiese 'renunciado' a hacer valer la prescripción al haber respondido formalmente a la empresa SERPREC mediante nota de fecha 8 de agosto de 2008, puesto que esa respuesta emana del cumplimiento ineludible del Banco a la normativa del órgano de control de responder solicitudes de los clientes. Por otro lado, la prescripción es una excepción y se la debe invocar en el momento procesal oportuno ante el órgano administrativo o jurisdiccional, es decir luego de ser demandado o denunciado.

SERPREC no reviste calidad de fiscalizador del Banco para que ante SERPREC el Banco invoque la prescripción de la infracción, pero sí, una vez que la ASFI nos notifica con cargos, de forma expresa el Banco invocó la prescripción de la infracción que se traduce en la caducidad de la facultad de la ASFI en sancionar posibles infracciones e incluso imponer amonestaciones u otro tipo de sanciones.

El Banco no podía dejar de responder la solicitud de información de la empresa SERPREC por existir una norma expresa que le obliga a hacerlo, pero ello de ninguna forma, ni legal ni lógica, constituye la nota de respuesta de fecha 8 de agosto de 2008 un acto de renuncia a la prescripción toda vez que el Banco en ningún momento aceptó las ILEGALES exigencias de SERPREC como tenemos expuesto y fundamentado, causando la Resolución ASFI N° 74/2009 agravios y perjuicios a los derechos fundamentales del Banco Económico S.A.

#### IV. PETICIÓN.-

En mérito a los fundamentos expuestos, con cita de expresión de agravios, normas quebrantadas y especificación de errores en el análisis de las pruebas de descargo con relación a la prescripción, el Banco Económico S.A., interpone RECURSO DE REVOCATORIA dentro del plazo legal que señala el Art. 64 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, impugnando la Resolución ASFI N° 74/2009 de fecha 30 de julio de 2009 emitida por su autoridad pidiendo se dicte Resolución Revocatoria declarando la Prescripción de la supuesta infracción administrativa en el procesamiento del cheque N° 05079-9 de fecha 24 de septiembre del año 2004 y dejando expresamente sin efecto la instrucción de constituir PROVISIONES expresada en el numeral 3 de la Resolución ASFI N° 74/2009 de fecha 30 de julio de 2009.

Será Justicia.-

Otrosí 1°.- **SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DEL NUMERAL 3° DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 74/2009.-** Amparados en la disposición del Art. 59 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, solicito a su autoridad, mientras se tramite el proceso administrativo, que se suspenda la ejecución del numeral 3 de la parte Resolutiva de la Resolución ASFI 74/2009 por las siguientes razones de orden legal:

- a) De acuerdo con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financiera de la ASFI Código 243.00, Grupo Cuentas por Pagar **PROVISIONES**, se tiene que en esta cuenta se registra el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, son ciertas e ineludibles y se encuentran pendientes de pago, tales como, el importe devengado de los beneficios sociales del personal de la entidad, los impuestos a cargo de la entidad, que aún no son exigibles. Las provisiones se ajustan mensualmente en función de las estimaciones.

En el presente reclamo no tiene cabida legal la **PROVISIÓN** del monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9 porque hasta la fecha el juicio ordinario doble entre SERPREC y el BANCO ECONÓMICO no ha concluido ni existen fallos judiciales ejecutoriados que determinen obligaciones ciertas e ineludibles

que condenen al Banco Económico a pagar el monto de Bs. 7.478.092.24.

- b) De acuerdo con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras de la ASFI Código 250.00, Grupo Cuentas por Pagar **PREVISIONES**, se tiene que en esta cuenta corresponde registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes. Las provisiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e Inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo.

En el presente reclamo no se puede ni se debe estimar el riesgo de posibles pérdidas por el juicio doble entre SERPREC y el BANCO ECONÓMICO toda vez que SERPREC de acuerdo con el contrato de Asociación Accidental y por la determinación judicial contenida en el Auto de fecha 14 de febrero de 2009 dictado por el Juez 1º de Partido en lo Civil de Cochabamba (verdad material conforme el Art. 4º inciso d) de la Ley 2341), tiene una participación minoritaria en el cobro del cheque N° 05079-9 del 17.5% siendo el sujeto central de la litis el Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo con una participación del 82.5%, no pudiendo ordenarse una previsión que sobrepase el monto del 17.5% del importe del cheque, que es la participación que tiene SERPREC, es decir la suma de Bs. 258.666.14 monto que en su caso el Banco Económico S.A., tendría que empezar a provisionar en forma gradual a partir de la dictación de una Sentencia de primera instancia que sea desfavorable al Banco.

Las razones indicadas son de interés público toda vez que el Banco Económico S.A. es una entidad de intermediación financiera que además puede sufrir graves perjuicios por una instrucción de **PROVISIÓN** errada que no es clara ni positiva ni precisa y que no se adecua a las descripciones técnico – legales contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras de la ASFI, de ahí deviene su imposible cumplimiento conforme al Art. 28 inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo el OBJETO QUE DEBE SER CIERTO, LICITO y MATERIALMENTE POSIBLE, concordante con lo establecido en el Art. 35 inciso b) del mismo cuerpo legal.

Finalmente, tampoco corresponde la instrucción de **previsión** gradual puesto que el riesgo de esta operación aún no se halla (sic) determinado toda vez que el proceso doble se encuentra aún en trámite y posiblemente se tenga sentencia recién en un año. En caso de que la sentencia sea desfavorable al

Banco, la entidad interpondrá la apelación y recurso correspondiente por lo que se estima que el proceso puede tardar unos cinco años.

En caso que la sentencia sea desfavorable para el Banco el riesgo de la operación será determinado por el Juez una vez que se califiquen los daños y perjuicios, por lo que no es correcto prejuzgar que el Banco tiene un riesgo de Bs. 7.487.092.24. Presumir este riesgo viola el principio constitucional de la presunción de inocencia establecido en la nueva Constitución Política del Estado (Art. 116) concordante con el Art. 74 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, por lo tanto el Ente Regulador estaría prejuzgando de forma injusta e ilegal la responsabilidad del Banco Económico'..."

### **2.1.1. AUTO DE 18 DE AGOSTO DE 2009**

Mediante Auto de 18 de agosto de 2009, notificado a las partes el 24 del mismo mes y año, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve declarar la suspensión transitoria de la ejecución de la determinación contenida en el numeral 3) de la Resolución Administrativa ASFI N° 074/2009 de 30 de julio de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

**"AL TRAMITE 464142 SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA DISPOSICIÓN 3ra. DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 074/2009 DE 30 DE JULIO DE 2009 EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO.**

A, 18 de agosto de 2009

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

El memorial de fecha 12 de agosto de 2009 y la carta GG N° 256/2009 de 13 de agosto de 2009, presentados por el Ing. Justo Yépez Kakuda, Gerente General del Banco Económico S.A., mediante los cuales **solicita la suspensión de la ejecución de la disposición 3ra. de la Resolución impugnada hasta que se tramite el Recurso de Revocatoria** contra la Resolución ASFI N° 074/2009, referida a la instrucción al Banco Económico S.A. de provisionar el monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9, a efectos de atender a la contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante, en el plazo de 7 días hábiles administrativos, debiendo remitir copias de los comprobantes contables correspondientes.

Que, el artículo 40, parágrafo II del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, concordante con el artículo 59 de la Ley antes señalada, faculta al Superintendente Sectorial autorizar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo cuando exista razonablemente, la posibilidad

de irrogar al recurrente daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.

Que, los argumentos expuestos en el memorial de 12 de agosto de 2009, hacen referencia a graves perjuicios a la Entidad Bancaria por la constitución de una provisión errada que no es clara, ni positiva, ni precisa y que no es adecuada a las descripciones técnico legales en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras de la ASFI, de ahí deviene su imposible cumplimiento conforme el Art. 28 inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco de su competencia establecida en la atribución 14ª del artículo 154 puede instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control.

Que, en el ejercicio de la mencionada competencia, esta Autoridad instruyó la constitución de una provisión al verificar en los descargos y documentación presentada por la Entidad, la existencia de una contingencia legal por el error operativo en el pago del cheque intransferible N° 05079-9, la misma que depende de la Resolución Judicial en el proceso civil en curso, iniciado en contra del Banco Económico S.A. por el reclamante.

Que, no existe una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros, porque la instrucción de provisión establecida por esta Autoridad de Supervisión no establece una transferencia patrimonial ni una instrucción de pago que puede afectar los derechos del reclamante ni de terceros.

Que, la constitución de una provisión por una contingencia legal puede ocasionar una mala apropiación contable de acuerdo al Manual de Cuentas, puesto que la misma puede apropiarse en la cuenta 243.00 o en la 250.00, porque en la primera se registra las provisiones y en la segunda se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por **juicios contra la Entidad.**

#### **POR TANTO:**

El Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, declara la suspensión transitoria de la ejecución de la determinación contenida en el numeral 3) de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 074/2009 de 30 de julio de 2009 hasta que se emita la Resolución que resuelva el Recurso de Revocatoria."

## **2.2. RECURSO DE REVOCATORIA PRESENTADO POR "SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA." "SERPREC LTDA."**

Mediante memorial presentado el 28 de agosto de 2009 la empresa de Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. "SERPREC", interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, bajo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

## **"I. ANTECEDENTES**

Mediante Nota Cite SERPREC 071/09 entregada en fecha 20 de abril de 2009, en sujeción a los Artículos 92, 93 y 94 de la Ley de Bancos y el Título XI Capítulo II Sección 3 Artículos 1 y 2 de la Recopilación de Normas, la empresa SERPREC Ltda. presentó ante la entonces SBEF actual ASFI la denuncia contra el Banco Económico S.A. por:

- El pago indebido del Cheque 'Intransferible' N° 05079-9
- La negativa de proporcionar información requerida por el principal interesado escudándose ilegalmente en el secreto bancario.
- Retraso en la respuesta a nuestro reclamo a través del SARC, y
- Otras irregularidades señaladas en los informes adjuntos en nuestra denuncia.

Según lo señalado en los considerandos de la Resolución ASFI N° 74/2009, mediante carta ASFI/DDC/R-14163/2009 de fecha 30 de junio de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al Gerente General del Banco Económico S.A. con el siguiente cargo:

- Incumplimiento al párrafo 2, Artículo 3, Sección 4, contenido en el Capítulo VIII, Título I, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aprobada por la Resolución SB N° 105/2004, 'REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO DE ATENCIÓN DE RECLAMOS Y CONSULTAS (SARC)', vigente a la fecha de las respuestas remitidas por el Banco Económico S.A., mediante cartas GR 925/08 de 23 de mayo de 2008, Certificación G.R. 080/2008 de 20 de junio de 2008, GG217/2008 de 8 de agosto de 2008 y Carta SGNO-2101/2008 de 31 de octubre de 2008, con relación a la respuesta sobre la forma en la que se realizó el pago del cheque intransferible N° 05079-9 del Banco de Crédito de Bolivia S.A.

Asimismo, los considerandos señalan que mediante carta ASFI/DDC/R-14164/2009 de fecha 30 de junio de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al Banco Económico S.A., en la persona de su Gerente General señor Justo Yépez Kakuda, con los siguientes cargos:

1. Incumplimiento al artículo 603° del Código de Comercio, considerando que el cheque N° 05079-9 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. girado por la H. Alcaldía de Cochabamba tenía carácter de intransferible para su cobro, y su aplicación fue realizada a una cuenta no perteneciente al beneficiario del cheque de acuerdo con la Certificación SGNO 2101/2008 de 31 de octubre de 2008 emitida por el Banco.
2. Incumplimiento al artículo 602° del Código de Comercio, considerando que el cheque presenta en el reverso, el sello del Banco con la denominación 'Para abono en cuenta corriente N°' estampado sobre el sello el número de cuenta 3054-091223 registrado de manera manuscrita.
3. Incumplimiento a los artículos 29 y 36 del Reglamento de Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución N° 081/2001, toda vez que el



cheque N° 05079-9 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. girado por la H. Alcaldía de Cochabamba fue cancelado mediante Cámara de Compensación sin observar las normas relativas a cheque para abono en cuenta y que se trataba de un cheque de cuenta corriente fiscal.

4. Incumplimiento del artículo 86° de la Ley 1488, texto modificado por la Ley N° 2297, considerando que con la carta G.R. 925/08 de 23 de mayo de 2008, el Banco solicita orden judicial autorizada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras para otorgar información sobre los puntos 2, 3 y 4 de la nota SERPREC 093/08 de 9 de mayo de 2008, la misma que fue presentada por su Gerente General, conforme al Poder N° 103/2008 otorgado ante Notario Dr. Ramiro Villarroel.
5. Incumplimiento de la aplicación obligatoria establecida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras del Esquema Contable N° 1 relacionada a Documentos de Cobro Inmediato, considerando que conforme a lo establecido por el Informe AIN-051/09 los registros efectuados por la Entidad por el cobro vía Cámara de Compensación del cheque intransferible N° 05079-9 del Banco de Crédito girado por la H. Alcaldía de Cochabamba, no se ajustan al esquema contable.

Según los considerandos de la citada Resolución, mediante carta GG-228/2009 de 15 de julio de 2009, el Gerente General del Banco Económico presentó sus explicaciones y descargos, argumentando lo siguiente:

- La carta de descargos manifiesta que, relacionado al reclamo SARC 236 de SERPREC Ltda., el Banco Económico S.A. no ha recibido de la ASFI (ex SBEF) notificación de que la respuesta proporcionada sea inadecuada o insuficiente y tampoco se ha recibido instrucción de completar la misma.
- Por otra parte señala que, las respuestas mencionadas en la nota de notificación de la ASFI, carta GR 925/08 de 23 de mayo de 2008, Certificación GR 80/2008 de 20 de junio de 2008, carta GG 217/2008 de 8 de agosto de 2008 y carta SGNO 2101/2008 de 31 de octubre de 2008, cumplen los criterios de oportunidad, integridad y comprensibilidad mencionados en la normativa SARC y explican en forma detallada el cumplimiento de los aspectos legales y operativos en el pago realizado al representante legal de SERPREC Ltda. del cheque N° 05079-9.
- Menciona además que, la información solicitada mediante cite SARC-236/2008, se atendió y respondió por el Banco tan pronto como fue posible, sin causar ningún perjuicio al solicitante, teniendo en cuenta la cantidad de información solicitada y archivada desde más de cuatro años, razón por la cual dichos documentos de gestiones pasadas se encuentran en depósitos de antigua data y bajo custodia especial.
- Finalmente señalan que, por lo anteriormente expuesto, consideran que no han incumplido el Reglamento para el funcionamiento del SARC, parágrafo 2, Artículo 3, Sección 4.a.

Asimismo, la citada resolución señala en sus considerandos que el Banco Económico S.A. mediante Memorial de fecha 14 de julio de 2009, presentó a la ASFI tres excepciones, la primera referida a la delimitación de competencia de esta Autoridad, la segunda referida a la Prescripción del reclamo de SERPREC Ltda.

de las posibles sanciones en el ámbito administrativo, y la tercera con relación a la obligación de la ASFI de aplicar los precedentes administrativos, así como sus explicaciones y descargos.

Finalmente, luego de las consideraciones que hace la Resolución ASFI 74/2009 sobre los descargos presentados por el Banco Económico, desvirtuando la mayoría de ellos, en su parte resolutive resuelve lo siguiente: (...)

## **II. LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS**

De los antecedentes señalados, se observan incongruencias y contradicciones en la Resolución ASFI N° 74/2009 toda vez que no se han considerado todos los elementos que cursan en los antecedentes, informes y documentación que adjuntamos a nuestra denuncia, así como tampoco se ajusta a la normativa vigente en lo concerniente a parte de la valoración efectuada por la ASFI de los descargos presentados por el Banco Económico S.A., lo que ha lesionado los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC LTDA.

A los efectos de seguir un orden en función del tema principal de la denuncia que fue considerada en la resolución pero no en su parte resolutive y los demás que conciernen al mismo, expondremos las señaladas incongruencias y contradicciones para los temas que impugnamos y consideramos que lesionan los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC LTDA.

### **II.1 INCUMPLIMIENTO A LOS ARTÍCULOS 603 Y 626 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y ARTÍCULOS 29 Y 36 DEL REGLAMENTO DEL CHEQUE APROBADO POR EL BANCO CENTRAL DE BOLIVIA**

Si bien la Resolución ASFI N° 74/2009 luego de la consideración de los descargos que han sido presentados por el Banco Económico S.A. determinó que el Banco incumplió los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio así como los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque del Banco central en el pago del Cheque 'Intransferible' N° 05079-9, sin embargo, incurre en aseveraciones de carácter subjetivo que no tienen asidero en los antecedentes e insiste en varias partes del texto de la Resolución ASFI N° 74/2009 en denominar a los hechos como 'errores operativos' y peor aún se resuelve no sancionar al Banco señalando: '...la determinación de la sanción podrá ser establecida cuando la autoridad jurisdiccional determine la responsabilidad, el daño y el perjuicio ocasionado en el pago del cheque N° 05079-9 en cumplimiento a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras'.

Semejante determinación, la ASFI pretende sustentarla en un fragmento de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 002/2007 que señala:

'En estos casos esta actividad de control y supervisión de la SBEF puede ser efectuada sin perjuicio de que los hechos estén siendo objeto, al mismo tiempo, de procesos de investigación, verificación y probanza ante las autoridades judiciales por parte de los interesados, con el fin de determinar la existencia y correspondencia de derechos, así como la existencia de responsabilidades civiles o penales'.

'No obstante, de acuerdo a la naturaleza específica de los casos, existirán casos muy particulares, donde la SBEF tendrá que esperar a la autoridad judicial se pronuncie previamente para adoptar una decisión en el ámbito administrativo, o simplemente debe supeditarse a lo dispuesto por la decisión judicial'.

Si bien la citada Resolución Jerárquica contiene el texto transcrito, sin embargo, el contexto en el que está expuesto en dicha Resolución Jerárquica no es el que corresponde al caso que nos ocupa, pues pareciera que la ASFI pretendiese beneficiar al BANCO utilizando textos de resoluciones jerárquicas a conveniencia de la entidad regulada en manifiesta parcialización, más aún cuando es evidente que dichos textos no se aplican a la situación que nos ocupa, puesto que la denuncia contra el Banco no ha sido generada en conflictos judiciales entre particulares y tampoco en controversias sobre la prueba de los hechos. En este sentido corresponde copiar el texto pertinente completo de la citada Resolución Jerárquica, el mismo que a su vez hace referencia a fragmentos de otras resoluciones jerárquicas, conforme se transcribe a continuación:

'Es evidente que la competencia de la SBEF es de carácter administrativo y por ello la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 43/2005 determinó que esta competencia administrativa no faculta a la SBEF ingresar a controversias que requieren de un proceso de investigación, verificación y prueba, tal como señala el Banco Nacional de Bolivia S.A. en su memorial de fundamentos, **pero también es cierto que la propia Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 43 establece que la SBEF tiene '...competencia plena respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo realizar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas)**, como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio, etc.) emitidas por las propias entidades que realizan actividades de intermediación financiera.

En la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 83/2006 se estableció que **existen casos en los cuales la SBEF puede ejercitar su competencia para investigar y controlar, independientemente de que se estén ventilando los mismos hechos en otras instancias y adoptar decisiones independientemente. En otros casos la SBEF tendrá que esperar y supeditarse a las decisiones de otras autoridades, cuando su decisión se base fundamentalmente en los aspectos que decidan esas autoridades'**.

Por ejemplo, además del texto resaltado, que es por demás claro, es importante referirse a la última parte del texto transcrito cuando señala que: 'En otros casos la SBEF tendrá que esperar y supeditarse a las decisiones de otras autoridades cuando su decisión se base fundamentalmente en los aspectos que decidan esas

autoridades'. Pues estos casos son aquellos donde estuviera en controversia por ejemplo hechos delictivos como ser falsificaciones de firmas o de documentos, cuya existencia tendría que estar determinada por la autoridad judicial para que sobre la base de dicha determinación la autoridad reguladora recién pueda determinar la existencia o no de incumplimientos a disposiciones y regulaciones para imponer las sanciones administrativas que correspondan, pero de ninguna manera podría utilizarse este argumento para aquellos casos en los que es evidente el incumplimiento de la entidad regulada, y, más aún en aquellos casos en los que la entidad reguladora ya se manifestó sobre el incumplimiento de determinadas normas como ocurrió en el caso que nos ocupa respecto del pago ilegal del cheque intransferible N° 05079-9, en el que fue evidente la infracción por parte del Banco Económico S.A. a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio así como a los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque del Banco Central, habiendo inclusive reconocido el Banco de manera expresa la forma en que procedió al pago del cheque N° 05079-9, por lo que nunca existió controversia respecto de la comprobación de los hechos, sino simplemente el Banco pretendió desvirtuar ante la ASFI el incumplimiento de los citados artículos, sin que pueda lograrlo por la evidencia de la prueba preconstituída y la claridad de las disposiciones infringidas. Siendo que no queda nada más por comprobar y menos aún cuando en el mismo cheque 'intransferible' existe una orden de abono en cuenta y el cheque se pagó en efectivo a una persona distinta al beneficiario del cheque, entonces no se cumple la condición referida en la Resolución Jerárquica que señala: 'En otros casos la SBEF tendrá que esperar y supeditarse a las decisiones de otras autoridades, **cuando su decisión se base fundamentalmente en los aspectos que decidan esas autoridades.**' Como puede advertirse claramente, la decisión de la ASFI de determinar el incumplimiento a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque no estuvo supeditada a aspectos que tengan que decidir otras autoridades, puesto que no existe controversias al respecto y además el incumplimiento de las disposiciones que regulan el pago de un cheque están bajo la competencia de la ASFI y por tanto ésta debe sancionar dicho incumplimiento, sin perjuicio de la determinación de responsabilidades civiles o penales que puedan determinar las autoridades jurisdiccionales tal como lo establece el Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Como puede observarse, no es necesario que la autoridad judicial se pronuncie al respecto, puesto que ha existido infracción por demás evidente al Código de Comercio y al Reglamento del Cheque que son normas que regulan el pago de un cheque que rigen a las entidades de intermediación financiera y cuyo cumplimiento debe ser exigido y sancionado por el ente regulador tal como la Ley de Bancos y Entidades Financieras lo dispone en su Artículo 154 num. 3 y 10.

A los efectos de no incurrir en recortes con conveniencias al texto pertinente de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 02/2007 como lo hace

la ASFI, a continuación (se) sigue la transcripción del texto que continúa al anteriormente transcrito:

*'En todo caso, la participación de la SBEF tendrá que adecuarse a cada una de las situaciones que se puedan presentar y no pueden ser objeto de una clasificación definitiva o cerrada debido a su vasta posibilidad de configuración.*

*En ese entendido se debe señalar como principio general, **que en aquellos casos en los cuales exista una denuncia, queja o reclamo efectuados contra una entidad bajo regulación de la SBEF, el órgano regulador es competente para conocer, investigar y circunscribir su competencia respecto al caso, dentro del ámbito administrativo y de regulación financiera, tomando en cuenta:***

**1. Si el caso se refiere a controversias que surgen principalmente entre clientes o usuarios, donde se encuentra involucrada una entidad sujeta a regulación de la SBEF** (en razón al servicio financiero que presta), el órgano regulador deberá previamente analizar las peculiaridades del caso y determinar si existieron posibles incumplimientos o violaciones a normas que regulan el sistema de regulación financiera, para tomar conocimiento, investigar y, si corresponde, aplicar las sanciones respectivas a la entidad que presta los servicios financieros, así como adoptar las medidas que correspondan contra los usuarios o clientes involucrados.

*En estos casos, esta actividad de control y supervisión de la SBEF puede ser efectuada sin perjuicio de que los hechos estén siendo objeto, al mismo tiempo, de procesos de investigación, verificación y probanza ante las autoridades judiciales por parte de los interesados, con el fin de determinar la existencia y correspondencia de derechos, así como la existencia de responsabilidades civiles o penales.*

*No obstante, de acuerdo a la naturaleza específica de los casos, existirán casos muy particulares, donde la SBEF tendrá que esperar a que la autoridad judicial se pronuncie previamente para adoptar una decisión en el ámbito administrativo, o simplemente deba supeditarse a lo dispuesto por la decisión judicial'.*

Como podrá observarse, la resolución jerárquica citada define unos lineamientos en un contexto que ella misma define, en el sentido que las decisiones de la entidad reguladora pueden ser independientes de lo definido por la autoridad judicial, o en algún caso, estará supeditado a las decisiones judiciales, sin embargo a objeto de darle coherencia a dicho contexto, precisa el supuesto de dos situaciones y se refiere a la primera en el sentido que: **'el caso se refiera a controversias que surgen principalmente entre clientes y usuarios, donde se encuentra involucrada una entidad sujeta a regulación de la SBEF** (en razón al servicio financiero que presta). En este sentido es razonable que pueda existir casos que de la controversia entre los clientes o usuarios, (es decir no entre usuario y entidad reguladora) puedan existir hechos o actos que deban probarse ante una entidad jurisdiccional, y que a merced de ello, la entidad reguladora se tenga que abstener de calificar un incumplimiento y aplicar una sanción debido a que los hechos configuradores de la infracción se encuentran en controversia y en situación o necesidad de ser probados, **pero este criterio no es aplicable en el caso del pago ilegal del cheque intransferible N° 05079-9'**, porque este caso no se ha generado de una controversia entre un cliente y un usuario, y menos aún existe

controversia en los hechos que configuraron la infracción ya que los mismos fueron declarados por el mismo Banco, ya que éste caso se originó por la denuncia del usuario perjudicado contra la entidad regulada y además el mismo Banco Económico S.A. aceptó haber pagado en la forma en la que fue denunciada, y por ello la ASFI estableció el incumplimiento por parte del Banco Económico S.A. de normas expresas del Código de Comercio y del Reglamento del Cheque, siendo evidente que no se requiere de ninguna decisión judicial y menos de probanza alguna para la determinación de dicho incumplimiento, **toda vez que existe prueba preconstituida e irrefutable y que el mismo Banco no pudo desvirtuar**, que es el mismo cheque 'intransferible' N° 05079-9, en cuyo reverso consta la instrucción 'para abono en cuenta' y se pagó en efectivo y además a favor de una persona natural distinta al beneficiario del cheque (SERPREC LTDA., persona jurídica) conforme el mismo Banco lo señaló. En consecuencia en el caso que nos ocupa **NO es ese caso muy particular al cual se refiere la última parte del texto de la Resolución Jerárquica** que analizamos y por lo tanto queda claramente demostrado que el argumento que la ASFI erróneamente aplica para supeditar una sanción administrativa a la decisión judicial es totalmente incongruente. Además la sanción administrativa es independiente del daño que pudiera calificar la autoridad judicial. Del texto que sigue a continuación, que es el texto de la misma Resolución Jerárquica, queda ratificado nuestro sustento jurídico y legal y también queda ratificado el inadecuado uso que hace la ASFI de esta Resolución Jerárquica en desmedro de mis derechos e intereses.

**'2. En otros casos la controversia puede surgir entre el cliente o usuario del servicio financiero y la entidad de intermediación financiera sujeta a regulación de la SBEF, donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes, por parte de la entidad de intermediación financiera.**

En estos casos, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse **pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecute acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario.**

No se debe perder de vista que las entidades de intermediación financiera si bien constituyen sujetos de derecho privado, cumplen una función considerada por la doctrina de orden público y, por tanto, se encuentran obligadas a cumplir sus disposiciones de control y cuidado especializado, debiendo contar con los respectivos mecanismos de seguros que le permitan encarar diversas consecuencias que se puedan presentar en el giro propio de sus actividades'.

Como se puede observar del texto expuesto, este es el lineamiento que corresponde aplicar de la Resolución Jerárquica, puesto que el reclamo nació entre un usuario y la entidad regulada, por un perjuicio generado por la misma entidad regulada por incumplimiento flagrante a la normativa legal y regulatoria que establece los preceptos que el Banco debe cumplir para el pago de un cheque 'intransferible' para abono en cuenta. En este sentido, como lo indica el segundo párrafo de este texto de la resolución jerárquica, la competencia de la SBEF, en este caso la ASFI, es más amplia, pudiendo aplicar sanciones administrativas por el incumplimiento de las normas que regulan su actividad y que originaron perjuicio al usuario. Por consiguiente la ASFI debe aplicar una sanción contra el Banco siendo evidente el incumplimiento de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio así como de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque por los hechos que configuraron dichas infracciones, los mismos que fueron declarados por el mismo Banco y que la ASFI estableció como incumplimientos y que el mismo Banco no pudo desvirtuar. Como se puede advertir **no tiene razón de ser determinar un incumplimiento y luego no sancionarlo, como si en la decisión judicial pudiera quedar desvirtuado un incumplimiento** tan claro y evidente que tiene prueba preconstituida y aceptada por el mismo Banco, por lo que no existe controversia sobre los hechos que configuraron los incumplimientos y menos necesidad de probanza de los mismos debido a que la prueba ya existe y evidencia el incumplimiento a las citadas disposiciones y además por ello la ASFI ya estableció que el Banco las incumplió, por estas razones, no corresponde supeditar la sanción administrativa a una decisión judicial que determine la responsabilidad, el daño y el perjuicio ocasionado en el pago del cheque N° 05079-9, puesto que la sanción administrativa no se aplica en función al daño o perjuicio que determina una autoridad judicial, sino simplemente la sanción debe ajustarse a lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Al respecto el Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras es categórico cuando señala: **'Estas sanciones serán aplicadas por la Superintendencia sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por Ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar'**.

Adicionalmente, existe otro elemento que demuestra la incongruencia de la determinación de la ASFI, cuando señala que la determinación de la sanción por los incumplimientos citados podrá ser establecida luego de la decisión judicial **en cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras**, disposición que establece la sanción de multa. Es decir la ASFI determina de manera expresa que el Banco Económico S.A. ha incumplido los Arts. 603 y 626 del Código de Comercio y los Arts. 29 y 36 del Reglamento del Cheque, e inclusive se refiere al tipo de sanción que aplicará, que es multa, y sin embargo, supedita la sanción a una decisión judicial que calificará la responsabilidad el daño y el perjuicio, aspectos totalmente independientes del incumplimiento ya establecido por la ASFI, por lo que carece de toda lógica jurídica, coherencia y además pone en evidencia el incumplimiento al mandato

legal que tiene la ASFI de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control cuando éstas infrinjan disposiciones legales, conforme mandan los Artículos 99 y 154 num. 10 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y que tienen estricta relación con lo dispuesto por la Constitución Política del Estado en sus Artículos 108, 232 y 235 (num. 1 y 2).

Esta determinación de la ASFI de supeditar la aplicación de una sanción administrativa por un incumplimiento ya determinado por ésta sobre prueba preconstituida, lesiona los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC LTDA., puesto que SERPREC LTDA. denunció a la entidad reguladora el incumplimiento flagrante de disposiciones legales y regulatorias por parte del Banco Económica S.A. que además le generaron un perjuicio económico considerable en su patrimonio y la ASFI no obstante de comprobar tal incumpliendo, en lugar de aplicar las sanciones administrativas, se abstiene de hacerlo pretendiendo emplear además oficiosamente y de manera forzada un texto de una resolución jerárquica que no se aplica para el caso concreto, conforme se evidencia de los lineamientos definidos por la misma resolución jerárquica. Por lo tanto, la ASFI no solo NO cumple con el mandato de la Ley de sancionar el incumplimiento de disposiciones legales a las entidades bajo su control, sino que deja sin protección jurídica al usuario del sistema financiero y al perjudicado de los incumplimientos de la entidad Bancaria, generando con ello una inseguridad jurídica y relegando su obligación de precautelar el orden financiero y mantener un sistema financiero sólido, confiable y competitivo así como sano y eficiente. De qué confiabilidad o eficiencia podría gozar un usuario del sistema financiero, si al denunciar un incumplimiento a disposiciones legales y regulatorias por parte de una entidad bancaria ante la entidad que supuestamente debe velar por un sistema financiero confiable y sano no cumple su función de aplicar sanciones o se escuda en argumentos forzados para no hacerlo. Por tal motivo, mediante el presente, se pide a su Autoridad revocar su errónea actuación y reponer los derechos e intereses del usuario del sistema financiero, en este caso de SERPREC LTDA., e imponer una sanción administrativa de multa frente al incumplimiento de la entidad regulada (Banco Económico S.A.), todo ello en plena sujeción a lo dispuesto por los Artículos 108 (num. 1 y 2), 232, 235 (núm. 1 y 2) de Procedimiento Administrativo; los Artículos 2, 99, 102, 153 y 154 (núm. 3 y 10) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y en sujeción a lo determinado por la tantas veces referida Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 02/2007 que señala:

*'Por otra parte, de acuerdo a los Artículos 153 y 154, numerales 1 al 3, de la Ley 1488 de 14 de abril de 1993, la SBEF es el órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, con los objetivos de mantener un sistema financiero sano y eficiente, debiendo velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera. La SBEF tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y*



mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación financiera entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables.

En base a las normas relativas a la competencia de la SBEF revisadas anteriormente, es posible apreciar la voluntad del legislador para atribuir a la SBEF la labor de efectuar la más amplia competencia para la regulación, supervisión y control de toda la actividad de intermediación financiera en el sistema económico nacional, lo que se enmarca dentro del concepto de regulación económica desarrollada en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/2006, que implica: 'La función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social. El ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia. La regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector y a su dinámica propia. 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 justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica 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 C150/93 de 25 de febrero)'.

En consecuencia, la competencia de la SBEF es clara y amplia en lo referente a controlar y supervisar las actividades, personas y entidades que interactúan en la actividad de intermediación financiera, debiendo vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera por todas las personas y entidades que se encuentran bajo el ámbito de regulación.

Por ello, **en principio todos los casos, los autores de las conductas que vulneran el ordenamiento administrativo-regulatorio pueden ser sujetos a sanciones administrativas directamente, de conformidad al Artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en concordancia con las normas sobre sanciones establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, independientemente de las determinaciones que adopten las autoridades judiciales o de otra índole. En este sentido el Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala que: '...serán aplicadas por el Superintendente sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por Ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar'.**

Por ello la Superintendencia General del SIREFI dejó claramente establecido que la SBEF tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas aplicables a las actividades de intermediación financiera), como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio, etc.) emitida por las propias entidades que realizan actividades de intermediación financiera, independientemente si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea.

*Por otra parte, dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participó, no les es imputable y no se encuentra prevista contractualmente o en una norma expresa.*

*Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adopte la SBEF en estos casos no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer (sic) la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada y que no le corresponde accionar los mecanismos jurisdiccionales.*

*Por ello, los efectos de una decisión de esta naturaleza, que adopte el órgano regulador, solamente pueden estar destinados a restituir la situación jurídica del administrado y solo pueden darse cuando los hechos son meridianamente claros en cuanto a mostrar la existencia de responsabilidad objetiva de la institución, que con su incumplimiento o inobservancia a un deber de cuidado que le impone la normativa administrativa, en razón de su naturaleza jurídica de ser una entidad privada que presta un servicio de carácter público a la colectividad, ocasiona un perjuicio a un usuario o cliente de los servicios financieros, sin que éste haya participado o hubiera propiciado ese perjuicio'.*

### **II.1.1. IMPOSICIÓN DE SANCIÓN DE MULTA AL BANCO ECONÓMICO S.A. POR INFRACCIÓN A LOS ARTÍCULOS 603 Y 626 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y ARTÍCULOS 29 Y 36 DEL REGLAMENTO DEL CHEQUE.**

*Continuando con la petición de la revocatoria de la determinación de la ASFI de supeditar la sanción a las decisiones judiciales, exponemos a continuación los extremos que no fueron observados ni valorados por la ASFI y que sustentan jurídica y legalmente la imposición de una sanción de multa contra el Banco Económico S.A., de acuerdo a la Resolución ASFI N° 74/2009 de fecha 30 de julio de 2009 y la nota ASFI/DDC/R-27179/2009 de fecha 13 de agosto de 2009, cuyas conclusiones guardan relación en su contenido más importante con el informe de auditoría presentado por la empresa SERPREC Ltda. (remitido a su autoridad adjunto a la denuncia), el Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004, realizó el pago del cheque INTRANSFERIBLE N° 05079-9 por Bs. 7.478.092.24 girado por la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la Empresa SERPREC Ltda. en contraposición a la normativa vigente, establecidas en los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio, Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia. En consecuencia Sr. Director, esta irregularidad cometida por el Banco originó y aún continúa ocasionando serios perjuicios económicos a la Empresa SERPREC Ltda., y además en contraposición al daño económico ocasionado a la empresa SERPREC Ltda. el Banco Económico S.A. se ha beneficiado económicamente con lo siguiente:*

Bs. 9.229,41 que corresponde a comisiones por compra de moneda extranjera en fecha 24 de septiembre de 2004, sin autorización escrita del beneficiario del cheque 'intransferible' de cuenta corriente fiscal N° 05079-9.

Bs. 1.908.403,44 que corresponde a la cancelación de créditos a terceros en el Banco Económico S.A. ajenos a la Empresa SERPREC Ltda. con recursos provenientes del cheque 'intransferible' de cuenta corriente fiscal N° 05079-9.

En efecto Sr. Director, el incumplimiento del Banco S.A. a normas legales en vigencia durante el pago del cheque 'intransferible' de cuenta corriente fiscal N° 05079-9 ha ocasionado serios daños económicos a la empresa SERPREC Ltda. así como beneficio a favor de la citada entidad financiera y además tales actos no fueron regularizados, por lo tanto, de ninguna manera correspondería aplicar la sanción de amonestación por no enmarcarse los hechos mencionados en las previsiones del Artículo 101 de la Ley de Bancos que establece:

*'La amonestación será escrita. Re caerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados a la entidad, **que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen.** La reincidencia en la infracción será sancionada con multa'.*

En tal sentido en sujeción a los Artículos 99 num. 2 y 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y en el marco de lo establecido en los Artículos 71 y 75 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, corresponde a la ASFI aplicar la sanción de multa contra el Banco Económico S.A. del 3% de su capital mínimo en virtud al principio de proporcionalidad y tomando en cuenta el perjuicio que se ocasionó a la empresa SERPREC LTDA. en consecuencia la ASFI deberá mantener su determinación de sancionar al Banco Económico S.A. con la sanción de multa tal como lo estableció en la misma Resolución ASFI N° 74/2009, sin necesidad de esperar la decisión judicial, por los argumentos jurídicos y legales que ya fueron expuestos en el presente Recurso bajo pena de incurrir en incumplimientos a los Artículos 232 y 235 (num. 1 y 2) de la Constitución Política del Estado, los Artículos 99, 102, 153 y 154 (num. 3 y 10) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y los Artículos 4 (incisos: a, b, f, j, p), 16 (inc. h), 71 y 75 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, reservándonos el derecho en su caso de interponer las acciones constitucionales que correspondan que están previstas en el capítulo segundo del título IV de la Constitución Política del Estado.

## **II.2. INCUMPLIMIENTO AL REGLAMENTO DEL SARC**

Si bien la Resolución ASFI N° 74/2009 enumera en sus considerandos una relación cronológica de los trámites de solicitud de información y reclamos que realizó la

empresa SERPREC Ltda. al Banco Económico S.A.; sin embargo no hace un análisis detallado del retraso y el contenido de las notas y de las respuestas del Banco Económico S.A.; por lo tanto, tampoco establece que dicha entidad incumplió con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Sección 2 Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC), del Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

De la documentación que hemos presentado a la ASFI adjunta a la denuncia, se evidencia que el Banco Económico S.A. incumplió en varias oportunidades con el citado Artículo 3 del Reglamento del Funcionamiento del Servicio de Atención a Reclamos de Clientes (SARC), el mismo que establece que las respuestas emitidas por las entidades financieras deben ser:

**'Oportunas:** Se refiere al cumplimiento con el plazo fijado para emitir la respuesta de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento.

**Integras:** Se refiere a que la respuesta debe corresponder a la verdad de los hechos, ser completa, exacta, imparcial y verificable, respecto a todos los aspectos planteados en el reclamo.

**Comprensibles:** Se refiere a que la respuesta debe contener toda la información que facilite el entendimiento de la misma por parte del cliente o usuario.'

Sin embargo, conforme lo precisamos a continuación, es por demás evidente que el Banco Económico S.A. infringió las disposiciones contenidas en el citado Artículo 3 del Reglamento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC) respecto a la atención de nuestro trámite de consulta posterior reclamo:

#### **a) INCUMPLIMIENTO A PLAZOS DE RESPUESTA (INFRACCIÓN A LA RESPUESTA OPORTUNA)**

El citado Artículo 3 de la sección 2 que reglamenta el Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes establece que **las entidades financieras deberán emitir una respuesta a cada reclamo en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles**, a partir de la fecha de la recepción del mismo y que en caso de requerir un plazo mayor, la entidad supervisada debe comunicar, dentro de los cinco (5) días establecidos, al cliente o usuario la fecha en la que emitirá la respuesta, justificando los motivos del retraso.

Se puede observar en el siguiente cuadro, que el Banco **no cumplió con los plazos** previstos para la atención de trámites y consultas, y tampoco comunicó el requerimiento de un plazo mayor conforme lo previsto en la norma; peor aún, se negó a entregar documentación de la empresa SERPREC, las que tuvieron que ser obtenidas a través de requerimientos fiscales, dentro del ilegal proceso penal que el Banco Económico me instauró.

SERPREC			Banco Económico		Observaciones
Trámite	Cite	Fecha	Cite	Fecha	
Confirmación de saldos	087/08	05/05/2008	062/08	05/05/2008	Sin observación
Solicitud de inf. de los DPF's	093/08	09/05/2008			
Solicitud de inf. De los DPF's 2do. Requerimiento	098/08	21/05/2008	925/08	23/05/2008	Respuesta incompleta y con demora de 14 días desde la 1ra. Solicitud
Rechazo a su respuesta 3er. Requerimiento	101/08	28/05/2008	236/08	02/06/2008	Respuesta incompleta y con demora de 24 días desde la 1ra. Solicitud
Rechazo a su respuesta 4to. Requerimiento	105/08	13/06/2008	236/08	27/06/2008	Respuesta completa y con demora de 49 días desde la 1ra. Solicitud
Nuevo requerimiento de información	113/08	02/07/2008			
Nuevo requerimiento de información 2do. Requerimiento	121/08	21/07/2008	200/08	22/07/2008	Demora 20 días y sin proporcionar la información solicitada
Nuevo requerimiento de información 3er. Requerimiento	125/08	24/07/2008	1430/08	25/07/2008	Respuesta incompleta y con demora de 23 días desde la 1ra. Solicitud

(\*) La información solicitada no fue atendida en su integridad hasta la emisión del informe por intermedio del SARC.

#### **b) RESPUESTAS INCONGRUENTES INEXACTAS (RESPUESTAS NO INTEGRAS)**

Las respuestas del Banco Económico S.A. a las diferentes solicitudes de la Empresa SERPREC Ltda. y de autoridad judicial competente, fueron incongruentes e inexactas.

A continuación exponemos algunos ejemplos:

1) El Cite: GR.CB 1430/08 del Banco Económico S.A. entregado en fecha 25 de julio de 2008 menciona que la cuenta N° 3054-091223 '**...no pertenece a usted, ni a la empresa SERPREC ni a sus socios, ni a sus socios accidentalmente** (sic), por lo tanto en virtud al Art. 86 y 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, no se puede proporcionar antecedentes de dicha cuenta...'

**Observación:** De acuerdo a la Certificación del Banco Económico S.A. Cite: SGNO.2101/2008 de fecha 31 de octubre de 2008, dirigido al Dr. Jorge López Flores, Fiscal de Materia de Cochabamba, '...la cuenta N° 3050-091223 en UFV corresponde a Jaime Enrique Quiroga Angulo...' de quién en diferentes comunicaciones el Banco Económico S.A. manifestó e informó **que es apoderado y socio accidental de SERPREC Ltda.**

**2)** SERPREC Ltda. a través del Cite: SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. le remita fotocopia en anverso y reverso del cheque N° 05079-9. Al respecto, esa entidad financiera a través del Cite: GR. CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008 afirmó: 'Corresponde que SERPREC dirija su solicitud a la entidad bancaria que pagó el indicado cheque (Banco de Crédito de Bolivia) entidad que tiene el cheque original para extender la respectiva copia legalizada. Nuestro banco solo cuenta con **una fotocopia simple que fue proporcionada a la empresa SERPREC en su oportunidad**'

**Observación:** De la documentación presentada por el Banco Económica S.A. a la Empresa SERPREC Ltda., cuyas copias fueron remitidas en su integridad a esa entidad reguladora, se observa que el Banco Económico S.A. '**nunca**' entregó copia del cheque, razón por la cual, a través de orden judicial se solicitó a esa entidad le proporcione documentación que acredite dicha afirmación. Sin embargo, el descargo no fue presentado a SERPREC ni a la autoridad judicial competente.

**3)** La Empresa SERPREC Ltda. a través del Cite SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. le proporcione una copia del extracto bancario donde haya sido abonado el Cheque N° 05079-9. Al respecto el Banco Económico S.A. a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008 **entregó dos planillas de Cámara de Compensación** (primera y segunda) de fecha 24 de septiembre de 2004, donde mencionan que '...se visualiza la casilla documentos por cobrar al Banco de Crédito de Bolivia, por un monto de(sic) global de Bs. 7.514.510,44 que corresponde al neteo de seis (6) cheques presentados a Cámara de Compensación con este Banco el 24/09/04 y dentro del cual se encuentra consignada la cobranza del cheque N° 05079-9 girado a favor de SERPREC Ltda. por un monto de Bs. 7.478.092.24'.

**Observación:** La respuesta del Banco Económico S.A. **no guarda relación** con la solicitud de información requerida por SERPREC Ltda. peor aún, busca confundir a nuestra empresa, puesto que las planillas individuales de 1° y 2° cámara de fecha 24 de septiembre de 2004 enviadas por esa institución corresponden únicamente al resumen del proceso de cámara de compensación de esa entidad financiera de fecha 24 de septiembre de 2004, **no corresponde en absoluto al contenido de la solicitud** de SERPREC Ltda., que correspondía a una copia del extracto bancario donde se haya abonado el Cheque N° 05079-9.

Posteriormente a solicitud judicial el Banco Económico S.A. remitió copia del extracto bancario de la cuenta N° 3054-09°223 en UFV de Jaime Enrique Quiroga Angulo.

4) SERPREC Ltda. a través del Cite SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. proporcione copia de la papeleta de depósito para el pago del cheque N° 05079-9. El Banco Económico S.A. a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008 informó que 'Las dos planillas de Cámara de Compensación descritas en el inciso b.1 se constituyen en la confirmación del abono producto del canje de cheques entre bancos vía Cámara de Compensación, por lo tanto las mismas acreditan el pago del cheque'.

**Observación:** Una vez más el banco busca confundir y se niega a proporcionar la información solicitada, puesto que las copias de las planillas individuales remitidas por esa entidad, corresponden únicamente al resumen del proceso de cámara de compensación de esa entidad financiera a esa fecha. **No responde en absoluto** a un documento de respaldo **que acredite la entrega de un cheque ajeno para su pago a través de cámara de compensación** por cuenta del tenedor del mismo. Respecto a la afirmación que las planillas se constituyen en confirmación de abono y que acreditan el pago del cheque consideramos que la misma **es falsa** ya que la confirmación de abono y pago de cheque a favor del beneficiario del cheque, **se constituye en la nota de crédito y el abono en la cuenta del beneficiario, documentación que el banco se negó a proporcionar a la empresa SERPREC Ltda. en su condición de titular del cheque 'intransferible N° 05079-9.** De manera posterior, el Banco Económico S.A. remitió a la autoridad judicial competente copia de la papeleta 'Depósito en Cheques de Otros Bancos en Bolivianos' N° 205813, misma que registra que el depósito de esta papeleta se realizó a nombre de Jaime Enrique Quiroga Angulo para abono en su cuenta en UFV N° 3054-091223 **no así a nombre de la empresa SERPREC Ltda.**

5) SERPREC Ltda. a través del Cite. SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. fotocopia de la documentación de respaldo presentada a esa institución para el cobro del cheque N° 05079-9. Al respecto el Banco Económico S.A. a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008, remitió como respaldo del pago del cheque una copia legalizada de la carta Cite Jeqa-953/04 e informó que los inestructivos de poder N° 369/03, 146/04 y el contrato de asociación accidental pueden ser obtenidos por SERPREC Ltda. de las notarías que protocolizaron dichos documentos.

**Observación:** Respecto a la carta Cite Jeqa-953/04 de fecha 24 de septiembre de 2004, corresponde a una instrucción del Sr. Jaime Enrique Quiroga a emitir un cheque de gerencia por Bs. 1.593.153,60 con cargo a los fondos del cheque N° 0507-9 por Bs. 7.478.092,24. Sin embargo:

-La mencionada nota no menciona que Jaime Enrique Quiroga adjunta algún instructivo de poder y un contrato de sociedad accidental.

-La instrucción que se realiza en la mencionada nota únicamente corresponde a la emisión de un cheque de gerencia por Bs. 1.593.153,60 con cargo a un cheque N° '0507-9(sic)'. No corresponde a una instrucción de pago por el 100% del valor del cheque N° 05079-9.

**6)** Si bien el Reglamento del SARC establece que las entidades financieras **tienen la obligación** de recibir y registrar y atender a los clientes y usuarios del sistema financiero nacional, la Empresa SERPREC Ltda. a través del Cite: SERPREC 105/08 de fecha 13 de junio de 2008, dirigida al Gerente General Ing. Justo Yépez Kakuda, denunció que el motivo principal para realizar la entrega de esa nota por intermedio de un Notario de Fe Pública, **corresponde a una injustificada intimidación que fue objeto la Secretaria de Gerencia de SERPREC Ltda. por funcionarios del Banco Económico S.A. de la Sucursal Cochabamba**, al momento de entrega el Cite: SERPREC 101/08 en fecha 28 de mayo de 2008, quienes **se habrían negado a recibir y proporcionar el número de trámite en la sección del SARC.**

**Observación:** Esta denuncia '**nunca**' fue objeto de aclaración alguna por parte del Banco Económico S.A. y mucho menos presentó las disculpas que corresponde a una denuncia.

Como se puede observar el Banco Económico S.A. emitió respuestas de manera inoportuna, se negó a recibir los reclamos logrando intimidar a personal de la empresa SERPREC Ltda., luego pretendió confundir al solicitante respondiendo de manera incongruente con documentos que no correspondían. Por tal motivo se tuvo que solicitar la información y documentación por la vía judicial y aún así emitió respuestas incongruentes e inexactas. Entonces es evidente que en el marco del procedimiento del SARC el Banco Económico S.A. no dio cumplimiento a ninguno de los preceptos establecidos en el Artículo 3° de la Sección 2 Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC), del Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

En este sentido el descargo por parte del Gerente General del Banco que señala que 'no ha recibido de la ASFI (ex SBEF) notificación de que la respuesta proporcionada sea inadecuada o insuficiente y tampoco se ha recibido instrucción de completar la misma' no implica que haya cumplido con la normativa del SARC sino que la documentación fue presentada por la orden de juez expedida dentro del proceso penal que tendenciosa y extorsivamente interpuso el Banco Económico S.A., puesto que la información y documentación señalada nunca se nos había sido proporcionada por la aplicación del SARC, por consiguiente los supuestos descargos del Gerente General del Banco están fuera de contexto y por ello carecen de asidero jurídico y legal, puesto que los Bancos



están obligados a dar cumplimiento a las disposiciones que norman el funcionamiento del SARC y la responsabilidad de su cumplimiento recae en el Gerente General tal como lo dispone el Art. 1 de la sección 4 del Capítulo II del Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos e Instituciones Financieras. Por otra parte el Gerente General pretende descargarse haciendo una referencia general a varias notas indicando que la respuesta ha sido oportuna, íntegra y comprensible, y lo más sorprendente aún es que sin entrar en mayor detalle la Resolución ASFI 74/2009 da curso a dicho descargo y por lo tanto desestima sanción para el Gerente General por estos cargos.

Con tal disposición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se ha violado flagrantemente un derecho constitucional como es el del libre acceso a la información y se ha lesionado los intereses de un usuario del sistema financiero para formular su reclamo puesto que el Banco se rehusó e inclusive actuó de mala fe al pretender confundir al solicitante proporcionando información y documentación que no era la que se había solicitado, infringiendo claramente las disposiciones legales vigentes. Si la ASFI mantuviera su ilegal disposición de desestimar sanción para el Gerente General por infracciones a las normas del SARC, estaría claramente violando los derechos de SERPREC Ltda.e implícitamente los derechos de los usuarios del sistema financiero puesto que estaría sentando un manifiesto precedente de apañar los actos dolosos de las entidades bajo su supervisión para evitar reclamos del público pretenden confundir al mismo con documentación e información que no corresponde que no hace más que evidenciar la intención de ocultar las irregularidades e infracciones a la ley y a la normativa que regula su actividad.

### **II.3 INCUMPLIMIENTO A LA IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD DE AUDITORIA INTERNA DEL BANCO ECONÓMICO**

La Resolución ASFI 74/2009 no hace referencia alguna a las contradicciones e incongruencias y falta de objetividad del Informe de Auditoría Interna del Banco Económico no obstante que representan infracciones a disposiciones vigentes contenidas en la Recopilación de Normas y más aún las normas relativas a la ejecución de trabajos de auditoría interna.

A continuación se expondrá de manera puntual las irregularidades a las que nos referimos y que ponen en evidencia la falta de transparencia con la que actuó el Departamento de Auditoría Interna del Banco Económico S.A. y que la ASFI pasó por alto, no obstante que fueron observadas en el Informe de la empresa de auditoría presentado por la empresa SERPREC Ltda. que se adjuntó a la denuncia presentada por SERPREC LTDA.

La ASFI mediante carta SB/IDC/D-23522/2009 de fecha 28 de abril de 2009, solicitó un informe especial de Auditoría interna al Banco Económico S.A. respecto al

reclamo de la empresa SERPREC por mal pago del cheque intransferible N° 05079-9 y si el mismo fue cancelado en apego a normas legales.

El Auditor interno del Banco Económico S.A. remitió el informe AIN-083 de fecha 5 de agosto de 2008, mismo que evidencia una falta de objetividad, imparcialidad e independencia, en flagrante infracción a lo establecido por el inc. b) del Artículo 1° de la Sección 5, Capítulo II del Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de acuerdo a lo siguiente:

La Resolución ASFI N° 74/2009 de fecha 30 de julio de 2009, la nota ASFI/DDC/R-27179/2009 de fecha 13 de agosto de 2009 y el informe de auditoría presentado por la empresa SERPREC Ltda. remitido a su autoridad, establecen que el Banco Económico S.A. incumplió normas legales establecidas en los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio, Artículos 20 y 36 del Reglamento del Cheque emitidas por el Banco Central de Bolivia aprobadas a través de la Resolución Ministerial N° 081/2001. Sin embargo, el informe de auditoría interna del Banco Económico no arriba a las mismas conclusiones, en consecuencia Sr. Director, está claro que el Informe de Auditoría Interna del Banco Económico S.A. busca favorecer a esa entidad cuando el mismo debió ser elaborado con diligencia profesional e independencia laboral como lo establecen las Normas Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs), el Código de Ética Profesional y las disposiciones de las secciones 5 y 6 del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

De acuerdo al Cite: GG 217/2008 de fecha 8 de agosto de 2008 enviado por la Gerencia General del Banco Económico S.A. a SERPREC Ltda., el reclamo de mal pago del cheque N° 05079-9 no es correcto ni legal según lo dispuesto en el informe técnico legal del Departamento de auditoría interna, cuyo informe sirvió al Directorio del Banco Económico S.A. para iniciar acciones legales en contra de SERPREC Ltda.

Con la finalidad que su autoridad determine las sanciones que establece la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Título IV Capítulo II Sección 9, a continuación exponemos varias observaciones e incongruencias en el informe de auditoría interna:

**Parte denominada 'Objetivos':**

1. El informe de auditoría no menciona que el objetivo de ese trabajo corresponde verificar si el Cheque Intransferible N° 05079-9 girado (a) favor de SERPREC Ltda. por Bs. 7.478.092.24 ha sido legalmente cancelado.
2. El objetivo que se menciona es la revisión de la constitución de los Depósitos a Plazo Fijo, revisión de poderes otorgados a Jaime Enrique Quiroga y documentación de desembolso de un préstamo en la cuenta de Importadora Campero.

### **Parte denominada 'Antecedentes':**

3. El informe de Auditoría menciona que la Empresa SERPREC Ltda. mediante carta '...Cite: SERPREC 087/08 solicita información para sus auditores internos **por cambio en la Dirección** de la Empresa...' sin embargo, esta afirmación es totalmente falsa.
4. El informe de auditoría hace referencia al contenido de la Certificación G.R. 062/2008 de fecha 5 de mayo de 2008 emitida por esa entidad financiera, únicamente en la parte donde se menciona que SERPREC Ltda. era titular de cuatro Depósitos a Plazo Fijo pero no informa el contenido en su integridad **omitiendo intencionalmente** que 'SERPREC Ltda. no ha realizado ninguna otra transacción en nuestra institución'.
5. El informe de auditoría no observó que existió incumplimiento a normas de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras respecto al trámite de reclamo y consultas de SERPREC Ltda. como ser:
  - Entrega de documentación incompleta
  - Demoras en la atención del trámite de reclamo o consulta
  - Denuncia de intimidación a la Secretaria de Gerencia de SERPREC Ltda. por funcionarios de esa institución.
  - Incongruencias en algunas respuestas
  - Posición asumida referida al secreto bancario
6. El informe de auditoría no observó que la respuesta del Banco Económico S.A. a través del Cite SARC-236/2008 entregado a SERPREC Ltda. en fecha 2 de junio de 2008, omitió nuevamente dar respuesta a proporcionar copias legalizadas de la documentación recibida por esa entidad financiera para realizar la apertura y cancelación de los Depósitos a Plazo Fijo a nombre de SERPREC Ltda.
7. El informe de auditoría no menciona que el Banco Económico S.A. a través del Cite: SARC-236/2008 recibido por SERPREC en fecha 27 de junio de 2008, entregó como única documentación de respaldo recibida para la apertura y cancelación de los Depósitos a Plazo Fijo las notas JEQA 970/04 y JEQA 1071/04 de fecha 28 de septiembre y 29 de octubre de 2004 respectivamente. Sin embargo, posteriormente el Banco a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008, incorporó como documentación de respaldo para la apertura y cancelación de los Depósitos a Plazo Fijo los Instructivos de Poder N° 369/03, 146/04, 616/04 y Contrato de Sociedad Accidental SERPREC-Quiroga.  
El resumen cronológico del informe no incluye la carta Cite: GG-217/2008 recibida en fecha 11 de agosto de 2008, a través del cual, la Gerencia General afirma que el Cheque N° 05079-9 fue pagado en el marco del Código de Comercio, Ley de Bancos y Entidades Financieras y normativa especial aplicable y siguiendo las instrucciones del apoderado y socio accidental Jaime Enrique Quiroga Angulo en virtud a los poderes 369/03, 146/04, 616/04 y Contrato de Sociedad Accidental, y **que el reclamo de**

**SERPREC Ltda. no es correcto ni legal y manifiesta ilicitud según el informe técnico legal del Departamento de Auditoría.**

**Parte denominada 'Procedimientos Operativos':**

8. El punto 3 menciona que el Encargado de Cámara de Compensación '...mediante e-mail de fecha 29/07/2008; se informó al Supervisor de Tesorería, Bóveda y Cajas que el envío a Cámara de Compensación para abono en la cuenta 3054-091223 no correspondía debido a las características del cheque que señalaban 'intransferible' (no negociable) y el beneficiario era una persona jurídica (SERPREC Ltda.)... **'El correo electrónico que hace referencia el informe de auditoría es de fecha 29 de julio de 2008, es decir tres años y 10 meses aproximadamente después de la cancelación del cheque N° 05079-9.**
9. El punto 4 menciona que '...Posterior a la revisión y con los poderes 369/2003, 146/2004 y Contrato de Asociación Accidental suscrito entre SERPREC Ltda. y el Ing. Jaime Enrique Quiroga presentados al Banco por el mismo Ing. Quiroga, vía Cajas...'. Sin embargo, de acuerdo a la 'cronología de las Transacciones Realizadas' descritas en el mismo informe de auditoría, no se menciona la recepción de los poderes 369/2003, 146/2004 y Contrato de Asociación Accidental suscrito entre SERPREC Ltda. y el Ing. Jaime Enrique Quiroga.
10. El mismo punto 4 menciona que el cheque cuenta con la rúbrica del Sub Gerente de Créditos, quien autorizó el envío del cheque en cámara de compensación. Sin embargo, **no identifica el nombre del funcionario responsable de autorizar esta transacción.**
11. El informe no menciona si existe un informe legal que haya autorizado el pago de este cheque o en su defecto el área legal del Banco haya analizado los poderes 369/03, 146/04, 616/04 y Contrato de Sociedad **Accidental de manera previa al pago del Cheque N° 05079-9.**
12. El punto 6 menciona que mediante Cite jeqa 953/04 de fecha 24 de septiembre de 2004, se solicitó con cargo al cheque N° 05079-9, cuando en realidad la carta menciona el número del cheque 'N° 0507-9'. Este número no guarda relación con el cheque objeto del reclamo.
13. El numeral 7 menciona que a **Hrs. 19:34** del día 24 de septiembre de 2004, el Banco Económico canceló en efectivo y mediante cajas Bs. 1.908.403.44. **Sin embargo, el informe no hace alusión a que esa hora excede el horario de atención al público.**
14. El informe de auditoría no menciona que los créditos que se habrían cancelado por Jaime Enrique Quiroga con el pago recibido en efectivo a través de cajas a horas 19:34, **ya se encontraban cancelados a esa hora.**
15. El informe de auditoría no menciona que no existe autorización escrita y específica para:
  - Cancelar los créditos de Importadora Campero y SOBOCE con recursos del cheque N° 05079-9R(sic)

- Realizar la compra de moneda extranjera con parte de los recursos del cheque N° 05079-9.
  - Mantener en cuentas contables del Banco saldos remanentes del cheque N° 05079-9 por un período de cinco días.
16. El punto 8 menciona que se realiza un ajuste contable en fecha 24 de septiembre de 2004 con el saldo del cheque N° 05079-9 para constituir Depósitos a Plazo Fijo. Sin embargo la solicitud de apertura de Depósitos a Plazo Fijo presentada por Jaime Enrique Quiroga es de fecha **28 de septiembre de 2004, es decir cuatro días después** del denominado ajuste contable.
17. El informe menciona que la transacción fue revertida por que no podía ser abonado el cheque N° 05079-9 en una cuenta personal de Jaime Enrique Quiroga. Sin embargo en fecha 29 de septiembre de 2009 se abonan US\$. 146.496.46 en su cuenta personal de Jaime Enrique Quiroga, situación que no es observada por auditoría interna.

#### **Parte denominada 'Revisión de los Respaldos legales'**

18. El informe no menciona la fecha ni la nota a través de la cual Jaime Enrique Quiroga habría presentado los poderes N° 369/04, 146/04, 616/04 y Contrato de Sociedad Accidental.
19. El informe no menciona que el informe legal denominado 'Informe de Poderes N° 216/08' remitido a la autoridad judicial, **no tiene firma de quien haya elaborado ese trabajo y que en consecuencia no tiene validez legal alguna.**
20. El informe de auditoría no observa que el Poder 616/04 **no podía ser utilizado** para el pago del Cheque N° 05079-9 y apertura de los Depósitos a Plazo Fijo en fecha 24 y 28 de septiembre de 2004 respectivamente, tal cual certificó el Dr. Pablo Argandoña a través del Cite: ALN 003/2008, **debido a que dicho Poder fue otorgado recién en fecha 5 de octubre de 2004.**

#### **Parte denominada 'Normativas, Resoluciones Reglamentarias'**

##### **Resolución Ministerial N° 654 del Banco Central de Bolivia**

21. El informe de auditoría cita los Artículos 17°, 23°, 36° de la Resolución Ministerial N° 654 del Banco Central de Bolivia. Sin embargo, **este documento legal únicamente cuenta con 19 artículos**, y el artículo 17° no guarda relación con el verdadero contenido del citado artículo.

Asimismo, este informe realiza la siguiente interpretación:

'El Artículo 36 de la Resolución Ministerial señala que estos cheques **podrán ser abonados**, es decir no obliga a que necesariamente por CEC se envíen los cheques para abono en cuenta del beneficiario...'. Sin embargo, en cumplimiento al Artículo 626 del Código de Comercio, si el cheque N° 05079-9 registra el endoso '**para abono en cuenta**', se restringió legalmente el pago

en efectivo, lo que contradice la interpretación del informe de auditoría interna.

#### **Parte denominada 'Autorización de desembolso del Préstamo'**

22. El informe de auditoría no menciona que el Banco **no ha obtenido la documentación mínima requerida por la Superintendencia de Bancos para realizar la apertura de tres Depósitos a Plazo Fijo** por un total de US\$. 350.000 a nombre de la persona jurídica SERPREC Ltda.
23. El informe no menciona si el Banco cuenta con documentos legales de constitución y otros donde hayan verificado que la garantía de los Depósitos a Plazo Fijo han sido legalmente constituidos en garantía.

#### **Parte denominada 'Conclusiones y Recomendaciones'**

24. El informe concluye:

1. Que '...El cheque N° 05079-9 Bs. 7.478.092,24 fue cobrado y dispuesto por la Empresa SERPREC Ltda. a través de su representante legal y asociado accidental Sr. Jaime Enrique Quiroga Angulo en virtud a los poderes N° 369/2003, 146/2004, 616/2004 y Contrato de Asociación Accidental'. Sin embargo, nuevamente se menciona que se utilizó el poder **616/04** para realizar el pago del cheque, cuando ese documento fue emitido el 5 de octubre de 2004, es decir, once días después del pago del cheque N° 05079-9.  
Respecto a que el Sr. Jaime Enrique Quiroga Angulo cobró el cheque N° 05079-9 en su condición de líder de la sociedad accidental y responsable del manejo económico y financiero del Proyecto Distribuidores Muyurina y Recoleta. Nos corresponde aclarar que el cheque N° 05079-9 está girado en condición de 'intransferible' a favor de SERPREC Ltda. y no así de la sociedad accidental.
2. Que la exigencia y reclamo de pago de Bs. 10.000.000 por el Ing. Guillermo Mayori no es correcta ni legal.  
Respecto a esta afirmación, es evidente que no está debidamente sustentada más aún cuando hay prueba preconstituida del pago ilegal del cheque intransferible N° 05079-9. La propia Resolución de la ASFI 74/2009 establece que el Banco incumplió normas en vigencia relativas al pago del cheque N° 05079-9, en consecuencia la afirmación que hace el informe de Auditoría Interna de que el reclamo de SERPREC Ltda. no es correcto ni legal carece de toda objetividad y pone en manifiesto la parcialidad con la que actuó el auditor interno.
3. La gestión de cobranza del cheque N° 05079-9 se efectuó al amparo del Artículo 1453 del Código de Comercio y Artículo 36 de la Resolución Ministerial N° 654.

El Artículo 1453 del Código de Comercio que hace referencia al informe de auditoría sobre el cual respalda el pago irregular del Cheque N° 05079-9, **no guarda relación con el contenido del mencionado artículo.**

Asimismo, el Artículo 36 de la Resolución Ministerial N° 654 que hace mención al informe de auditoría, **no existe.**

### **Parte denominada 'Recomendaciones'**

25. El informe menciona que el cheque N° 05079-9 enviado en cobranza a cámara de compensación vía cajas efectuando la gestión de cobranza que señala el Artículo 1453 del Código de Comercio **no es usual y por lo tanto recomienda elaborar una normativa interna específica.** Nos preguntamos si a la fecha ya tienen una norma que les permita hacer estas operaciones irregulares?.

Para finalizar el informe de auditoría menciona que el mismo ha sido elaborado y firmado por la Lic. Jimena Prado Crespo. Sin embargo, **no hemos logrado obtener el registro profesional de la mencionada supuesta profesional,** aspecto que deberá ser verificado por su Autoridad, a los efectos de que se tome en cuenta este extremo para sancionar no solo a la funcionaria, sino en su caso a los miembros del Directorio, quienes son responsables de su elección conforme lo establecido por el Artículo 1° de la Sección 6, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Como podrá observarse de todas las irregularidades, inconsistencias, mentiras y contradicciones que contiene el Informe de Auditoría que fueron expuestas, es evidente la total falta de transparencia de las aseveraciones contrastada con los hechos en los que incurre el funcionario que firma dicho informe, lo cual representa una muy grave infracción a las siguientes disposiciones: Artículo 1° inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 (inc. a. Sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y las Normas Generalmente Aceptadas (NAGA's), Normas Internacionales de Auditoría (NIA's), el Código de Ética Profesional, por consiguiente se solicita a su Autoridad que en estricta sujeción a lo dispuesto por el Artículo 1° de la Sección 9 Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y el Artículo 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, se sancione a los Auditores Internos que suscriben y son responsables del Informe de Auditoría y en su caso disponga lo previsto en el último párrafo del Artículo 99 de la misma Ley.

La omisión de sanción a los Auditores Internos en la Resolución ASFI N° 74/2009 vulnera mis derechos subjetivos y mis intereses legítimos toda vez que estaría(n) quedando, sin sanción los funcionarios que informaron hechos falsos, incongruentes y contradictorios indicando además que el Banco no había incumplido ninguna norma en el pago del cheque intransferible N° 05079-9, lo cual

me ha causado perjuicios y vulnera los derechos de SERPREC LTDA. protegidos en el Código de Comercio y en el Reglamento del Cheque, siendo además que las aseveraciones del informe han sido totalmente desvirtuadas por su Autoridad al amparo de las disposiciones legales y regulatorias que son claras y contundentes; que es obligación de un Auditor Interno conocer tal como lo disponen las normas a las que nos hemos hecho referencia, puesto que su función principal es la de velar el cumplimiento de las disposiciones legales y regulatorias que rigen la actividad de la entidad bancaria y además desempeñar sus funciones con independencia y objetividad para el control eficiente y la absolución de consultas con el fin de agregar valor y mejorar las operaciones de la entidad. Pues estas funciones del Auditor Interno están directamente relacionada(s) a coadyuvar el mantenimiento de un sistema financiero, sano, confiable, sólido y competitivo y siendo que esto a su vez representa el bien jurídico que debe precautelar la ASFI, estando obligada a hacer cumplir las disposiciones que rigen a las entidades financieras y los funcionarios del sistema financiero y por consiguiente a sancionar a sus infractores conforme lo manda la Ley y la Constitución Política del Estad(o), tal como ya se ha puntualizado en repetidas oportunidades en el presente recurso.

### **III. PETITORIO**

En mérito a los derechos subjetivos e intereses legítimos lesionados por las omisiones y disposiciones señaladas en la Resolución ASFI N° 74/2009 de fecha 30 de julio de 2009, y en virtud a todos los fundamentos jurídicos y legales expuestos, en mi condición de tercero interesado de conformidad a lo dispuesto por el Artículo 12 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y la notificación en fecha 7 de agosto de los corrientes que me fuera hecha en mi condición de tal, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución ASFI N° 74/2009, dentro el plazo previsto por el Artículo 48 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y en sujeción a lo dispuesto por los Artículos 46 y 47 del mismo Decreto Supremo interpongo Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 74/2009 de fecha 30 de julio de 2009 emitida por el Lic. Ernesto Rivero, Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para que previo los trámites de rigor, resuelva el recurso revocando parcialmente la citada Resolución disponiendo:

1. La imposición de una sanción de multa del 3% sobre el capital mínimo contra el Banco Económico S.A. por infracciones al Artículo 603 y 626 del Código de Comercio y por infracciones a los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución N° 081/2001.
2. La imposición de la sanción que corresponde contra los señores Felipe Aliaga M. y Jimena Prado C. en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones a las siguientes disposiciones: Artículo 1° inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 (inc. a, sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y además en



su caso, disponga la remisión del Informe de Auditoría Interna más la documentación adjunta al Ministerio Público para que promueva la acción penal que corresponda.

3. Revocar el resuelve 1º de la Resolución ASFI N° 74/2009 y disponer la imposición de sanción que corresponda contra el Gerente General del Banco Económico S.A., señor Justo Yépez Kakuda por infracción al Artículo 3º de la Sección 2 Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC), del Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
4. Confirmar la amonestación al Banco Económico S.A. dispuesta en el resuelve 2º de la Resolución ASFI N° 74/2009.
5. Confirmar la instrucción al Banco Económico S.A. de previsión del monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9, dispuesta en el resuelve 3º de la Resolución ASFI N° 74/2009.
6. Confirmar los resuelve 4 y 5 de la Resolución ASFI N° 74/2009 ...”.

#### **2.2.1. FORMULACIÓN DE FUNDAMENTOS AL RECURSO DE REVOCATORIA PRESENTADO POR EL BANCO ECONÓMICO.-**

Por memorial de 28 de agosto de 2009, presentado el 31 del mismo mes, Magno Guillermo MayoriMachicao en legal representación de Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. “SERPREC LTDA.”, se apersona y formula fundamentos contrarios al Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Económico S.A. y a la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009, en los siguientes términos:

##### **“I. ANTECEDENTES**

En fecha 24 de agosto de los corrientes, fui notificado con el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. contra la Resolución ASFI N° 74/2009, indicando que los numerales 2 y 3 de dicha Resolución vulneran los legítimos derechos del Banco Económico S.A. y causan agravio.

##### **II. FORMULA FUNDAMENTOS CONTRARIOS AL RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR EL BANCO ECONÓMICO S.A. Y A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 74/2009**

Señor Director, el Banco Económico S.A. indica en su recurso que: ‘La Resolución ASFI N° 74/2009, en su parte Resolutiva, numeral 2 impone una sanción de amonestación sin observar lo establecido por el Art. 79 de la Ley N° 2341...’, y realiza una serie de consideraciones aduciendo haber operado la prescripción, refiriéndose a hechos y supuestos fundamentos jurídicos que caen en total contradicción y oscuridad en su recurso, puesto que el Resuelve 2 de la Resolución 74/2009 sanciona el incumplimiento al Artículo 86 de la Ley 1488

por haber solicitado orden judicial para otorgar información sobre los puntos 2, 3 y 4 de la Nota SERPREC 093/08 de 9 de mayo de 2008 y por el incumplimiento del manual de cuentas; sin embargo el Banco en su recurso hace referencia al pago del cheque N° 05079-9. Como podrá observar Señor Director, es tal la contradicción en la que incurre el Banco en su recurso, que por sus propios argumentos expuestos queda por demás ratificado que los incumplimientos sancionados por el Resuelve 2 de la Resolución ASFI N° 74/2009 y los demás fueron expuestos en nuestro Recurso de Revocatoria no están para nada prescritos. No obstante lo señalado, además el tema de la prescripción ha sido claramente resuelto por la ASFI mediante la Resolución ASFI N° 74/2009 sobre la base de las líneas jurisprudenciales definidas por las Resoluciones Jerárquicas señaladas en la misma Resolución. Es importante en este caso observar que el Banco Económico S.A. en ningún momento desvirtuó los incumplimientos en los que incurrió pretendiendo evadir las sanciones recurriendo a argumentos que no son aplicables y luego de señalar que la sanción del Resuelve 2 es ilegal y concluye pidiendo que 'se dicte Resolución Revocatoria declarando la prescripción de la supuesta infracción administrativa en el procesamiento del cheque N° 05079-9' (la cual no está contenida en el Resuelve 2) y continúa el texto así: '...y dejando expresamente sin efecto la instrucción de constituir PROVISIONES expresada en el numeral 3 de la Resolución ASFI N° 74/2009 de fecha 30 de julio de 2009'.

Como puede observarse, NO existe relación entre los antecedentes, el desarrollo y el petitorio del recurso, por tanto, al no haber demostrado el Banco Económico S.A. la vulneración a sus derechos subjetivos y lesiones a sus intereses legítimos con el Resuelve 2° y Resuelve 3° de la Resolución ASFI N° 74/2009, corresponde que usted Señor Director dicte Resolución Administrativa desestimando el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. por no cumplir con el Artículo 37 del D.S. 27175 y el Artículo 56 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, en plena sujeción a lo dispuesto por el inciso c) del Artículo 43 del D. S. 27175.

En lo concerniente al Otrosí 1° del Memorial del Recurso, respecto de la solicitud de la suspensión de la ejecución del Resuelve 3° de la Resolución ASFI N° 74/2009, se observa que los argumentos del Banco Económico S.A. no justifican la suspensión de la medida tal como exponemos a continuación:

No obstante que el Banco Económico S.A. hace referencia a lo establecido por el Manual de Cuentas en lo concerniente a las Provisiones, en el sentido que corresponde registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad, sin embargo el mismo Banco señala que ello no corresponde porque SERPREC tiene una participación minoritaria en el cheque N° 05079-9 de acuerdo al contrato de Asociación Accidental que es del 17.5% y el saldo del 82.5% que corresponde al Ing. Quiroga y que por ello no podría ordenarse una provisión que sobrepasa el

monto del 17.5% y que en su caso el Banco tendría que empezar a provisionar en forma gradual a partir de la dictación de una Sentencia de primera instancia que sea desfavorable al Banco (cosa que de ninguna manera dice la norma).

Asimismo señala que las razones indicadas son de interés público toda vez que el Banco es una entidad de intermediación financiera que además puede sufrir graves perjuicios por una instrucción de provisión que no es clara ni positiva ni precisa y que no se adecua a las prescripciones técnico legales contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

Como podrá observarse, los argumentos esgrimidos por el Banco Económico S.A. son por demás inconsistentes, toda vez que en primer lugar se refiere a un porcentaje de participación del Cheque por parte de SERPREC LTDA., como si el cheque N° 05079-9 hubiera estado girado a dos personas o a la Asociación Accidental, lo cual queda desvirtuado desde todo punto de vista por el contenido del mismo cheque, sin considerar que el cheque N° 05079-9 está girado a favor de SERPREC Ltda. en condición de INTRANSFERIBLE, quedando sin sustento jurídico la posición del Banco Económico S.A. al pretender que el cheque N° 05079-9 haya sido girado a favor de la Sociedad Accidental y demostrando de esa manera su total colusión con Jaime Enrique Quiroga Angulo. Asimismo, el Banco hace una interpretación totalmente antojadiza e ilegal de la determinación judicial contenida en el Auto de fecha 13 de febrero de 2009, dictada por el Juez 1° de Partido en lo Civil de Cochabamba, pretendiendo hacer creer a su autoridad que el Juez se haya pronunciado que SERPREC Ltda. tiene únicamente el 17.5% de los derechos del Cheque N° 05079-9, cuando en realidad esa autoridad judicial determinó únicamente **improbada la excepción de impersonería interpuesta por el Banco Económico S.A. dentro el proceso civil iniciado por SERPREC Ltda. en contra del Banco Económico por el mal pago del Cheque Intransferible N° 05079-9**, cuya fotocopia simple de dicho documento adjuntamos como prueba de la ilegal interpretación que esa entidad financiera realizó. Llama la atención cómo servidores del sistema financiero manejan conceptos falsos, errados y alejados de la legislación vigente que regula su actividad.

De acuerdo a lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras establece que la cuenta 243.99 Otras Provisiones 'registra el importe devengado de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, son ciertas e ineludibles y que se encuentran pendientes de pago...'. Entonces Sr. Director, el Banco está obligado a cumplir con lo previsto en el Manual de Cuentas y realizar el registro contable de la provisión correspondiente. Asimismo, el Manual de Cuentas en su Título I literal I numeral 1 establece que 'Los estados financieros se prepararán de acuerdo con las disposiciones establecidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras. En caso de existir situaciones no previstas por dichas

disposiciones, se aplicarán los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidas por el Colegio de Auditores y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International AccountingStandardsBoard, optando por la alternativa más conservadora.'

De acuerdo a la NIC 37 – Provisiones, Activos Contingentes y Pasivos Contingentes en el punto 14 establece cuándo debe provisionarse:

14. Debe reconocerse una provisión cuando se den las siguientes condiciones:

- (a) la empresa tiene una obligación presente (ya sea legal o asumida) como resultado de un suceso pasado;
- (b) es probable que la empresa tenga que desprenderse de recursos, que incorporen beneficios económicos para cancelar tal obligación, y
- (c) puede hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.

Las tres condiciones señaladas anteriormente demuestran por qué el Banco Económico S.A. debe provisionar, toda vez que nuestro reclamo posee las tres condiciones para la provisión de un pasivo contingente como se demuestra a continuación:

- a) Nuestro reclamo corresponde a un suceso pasado debido a un comportamiento en el pasado y política empresarial que fue declarada por el Banco a través del informe de auditoría interna del Banco, que fue efectuada de manera suficientemente concreta. El Banco incluso ha puesto de manifiesto ante la ASFI que está dispuesto a aceptar cierto tipo de responsabilidad como es el de provisionar el 17.5% cuando en realidad corresponde provisionar el 100% del pasivo contingente, debido a que el cheque N° 05079-9 ha sido girado en condición de INTRANSFERIBLE a favor de SERPREC Ltda. y fue cancelado en contraposición a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio de acuerdo a lo establecido en la Resolución ASFI N° 74/2009.
- b) Para regularizar el mal pago del Cheque N° 05079-9, el Banco debe desprenderse de recursos económicos de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 628 del Código de Comercio, ya que SERPREC ha demostrado que el Banco es responsable por el pago irregular.
- c) Puede hacerse una estimación fiable, debiendo provisionar Bs. 7.478.092,24, importe que representa el valor nominal del cheque N° 05079-9.

#### **Derechos subjetivos e Intereses Legítimos vulnerados:**

Como se observa, la suspensión de provisión vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC LTDA. como usuario del sistema financiero y víctima de los perjuicios causados por el Banco Económico S.A. por el pago ilegal del cheque Intransferible N° 05079-9 y además vulnera el interés público y

no lo contrario como lo señalan los argumentos del Banco Económico S.A., pues la inobservancia de las disposiciones señaladas causa perjuicio a la existencia de un sistema financiero sano, sólido, confiable, eficiente y solvente que la ASFI debe precautelar, debido a que con la omisión de la provisión se priva al público usuario del Banco Económico S.A. del conocimiento de la verdadera situación financiera de dicho banco, ya que éste estaría exponiendo utilidades alejadas de la realidad financiera actual, y más aún se vulneraría el derecho de los inversionistas que adquiriesen los BONOS que el Banco Económico S.A. recién emitió en el mercado de valores en cuyo caso se hace más exigente aún la necesidad de provisión por los principios de la información oportuna, suficiente y transparente que rige el mercado de valores y que su Autoridad también debe precautelar. En este sentido, la solicitud de la suspensión de la provisión que plantea el Banco Económico S.A. no tiene sustento en lo previsto por el Numeral II del Artículo 59 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que concuerda con el Artículo 40 párrafo II del D.S. 27175 donde señala: ‘...el órgano competente podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, **por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.**’ El Banco Económico S.A. **NO** demostró la forma en la que la provisión perjudica al interés público, más aún, la omisión de provisionar si lo hace, conforme lo expusimos líneas arriba. Tampoco el Banco hizo referencia al perjuicio que la provisión le ocasionaría, puesto que la sola provisión no es destino de fondos a favor de terceros. Es así que en la petición del Banco no se cumple ninguno de los supuestos requeridos por la norma para dar curso a la suspensión de la instrucción de la provisión. Asimismo los demás argumentos expuestos por el Banco que señalan que presumir el riesgo del Banco violaría la presunción de inocencia establecido en la Constitución Política del Estado, no ameritan mayor comentario por constituir semejantes aseveraciones en irrisorias, puesto que si prever una contingencia (es decir la posibilidad de que suceda un hecho o no) implica presunción de culpabilidad, entonces prácticamente no debería existir norma alguna que establezca provisiones por juicios. Conforme los sustentos jurídicos y legales expuestos que tienen total sustento en la legislación vigente, ha quedado demostrado que la solicitud del Banco Económico S.A. de suspensión de la instrucción de provisión, no cumple con lo establecido por Ley.

Señor Director, no cumplir y no hacer cumplir las normas por parte de la Autoridad reguladora es un incumplimiento a la Constitución Política del Estado y en este caso a la Ley de Bancos y Entidades Financieras, sus disposiciones regulatorias, la Ley de Procedimiento Administrativo y el D.S. N° 27175, por lo que pedimos a su Autoridad tener presente el estricto apego a la Ley en sus determinaciones. En este sentido, mediante el presente le hacemos notar que la ASFI ya se pronunció sobre la petición de suspensión de la provisión mediante Auto de fecha 18 de agosto de 2009, sin que SERPREC LTDA. como tercero interesado haya sido previamente notificado con la solicitud, debido a

que la solicitud de suspensión de la provisión presentada por el Banco Económico S.A. así como el referido Auto de fecha 18 de agosto de 2009 nos fue notificado en la misma fecha, generando con ello por una parte indefensión a SERPREC LTDA. para precautelar sus derechos y legítimos intereses, y por otra, con la suspensión de la provisión la ASFI habría generado grave perturbación al interés general o de los derechos de terceros por la exposición de los estados financieros, sin considerar contingencias materiales que son reales y más aún tomando en cuenta la información para aquellos inversionistas que adquieran los Bonos (recién emitidos por el Banco Económico S.A. en el mercado de valores), quienes tendrán la calidad de acreedores de dicho Banco atentando de esta manera el principio de transparencia y de información suficiente y oportuna que rige el mercado de valores.

En virtud de lo señalado Señor Director, existen violaciones a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos e incluso a nuestros derechos constitucionales porque no se ha procedido conforme lo manda la Ley, debido a que SERPREC LTDA. ha sido notificada con el memorial de solicitud de suspensión de la provisión presentada por el Banco Económico S.A. al mismo tiempo que con el Auto de fecha 18 de agosto de 2009, por el cual la ASFI le da curso a dicha petición. Estos extremos recaen en el incumplimiento del Artículo 33 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala que la Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos y además viola mi derecho constitucional del derecho a la defensa y debido proceso. Por otra parte y respecto de la ilegalidad de suspender una medida sin que se hayan cumplido las causas establecidas por la norma, el auto de fecha 18 de agosto de 2009 incumple los siguientes elementos esenciales de un Acto Administrativo que se encuentran previstos en el Artículo 28 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo:

- a) La Causa: Por no sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan de causa y en el derecho aplicable (Se encuentra demostrado el incumplimiento del Artículo 59 párrafo II de la Ley 2341 por no existir las causas para disponer la suspensión de la provisión).
- b) El Objeto: Puesto que el objeto (la suspensión de la provisión) no es lícito porque no cumple las previsiones del Art. 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- c) Procedimiento: Por no haber cumplido el procedimiento de la notificación a SERPREC LTDA. con la solicitud de suspensión de la medida presentada por el Banco Económico S.A. **causando con ello la indefensión de SERPREC LTDA.**
- d) Fundamento: El Auto carece de fundamento jurídico y legal porque sus argumentos contradicen lo dispuesto por el Art. 59 párrafo II de la Ley 2341.
- e) Finalidad: El Auto no cumple con la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico en los Artículos 2 y 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras

que es la de precautelar el orden financiero nacional y promover un sistema financiero sólido, confiable, competitivo, sano, eficiente y solvente.

En virtud de lo señalado, resulta por demás evidente que el Auto de fecha 18 de agosto de 2009, que dispone la suspensión de la provisión que fue instruida por la Resolución ASFI N° 74/2009, es **NULO** de pleno derecho en estricta aplicación de los incisos b), c) y d) del Artículo 35 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, por carecer de objeto lícito, por haber sido dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, en este caso la notificación previa a SERPREC LTDA. de la solicitud de la suspensión de la medida, y por ser contraria a la Constitución Política del Estado al violar el derecho al debido proceso y el derecho de la defensa de SERPREC LTDA.

### **PETITORIO**

Sobre la base de todo el sustento jurídico y legal expuesto que pone en evidencia la inconsistencia legal del recurso de revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. así como de la solicitud de suspensión de la provisión y la ilegalidad del Auto de fecha 18 de agosto de 2009, solicito a su Autoridad dicte Resolución Administrativa desestimando el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. por no cumplir con el Artículo 37 del D.S. 27175 y el Artículo 56 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, en plena sujeción a lo dispuesto por el inciso c) del Artículo 43 del D.S. 27175, así como declarar **NULO** el Auto de fecha 18 de agosto de 2009, por ser contrario a la Ley, por violar los derechos constitucionales de SERPREC LTDA. y por vulnerar los derechos subjetivos e intereses legítimos del público usuario del Banco Económico S.A. y de los inversionistas de los Bonos emitidos por dicho Banco.

**OTROSÍ 1º.- Solicita se consigne el Auto de fecha 18 de agosto de 2009 en Resolución Administrativa:** Para los fines que en derecho me corresponden y en plena sujeción a lo dispuesto por el Artículo 57 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y por los artículos 19 y 20 del D.S. 27175 del 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad que en el plazo previsto para el efecto, se consigne en Resolución Administrativa el Auto de fecha 18 de agosto de 2009 emitido por su Autoridad, que dispone la suspensión transitoria de la ejecución de la determinación contenida en el numeral 3) de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009..."

### **2.2.2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 226/2008 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 226/2009 de 14 de septiembre de 2009, la ASFI elevó el Auto de 18 de agosto de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

**"...CONSIDERANDO:**

(...)

Que, al emitir el Auto de fecha 18 de agosto, se analizó que la suspensión de la ejecución de la determinación adoptada en el numeral tercero de la Resolución ASFI N° 074/2009 de 30 de julio de 2009, no ocasionaría una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros, conforme requiere el artículo 40, parágrafo II del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y el artículo 59 de la Ley del Procedimiento Administrativo, porque la instrucción de provisión establecida por esta Autoridad de Supervisión no establece una transferencia patrimonial ni una instrucción de pago que pueda afectar los derechos del reclamante ni de terceros.

Que, el auto precitado dispone la suspensión de la ejecución de un ajuste contable (provisión) lo cual no significa que la determinación efectuada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el numeral 3 de la Resolución N° 074/2009 de 30 de julio de 2009 se hubiera dejado sin efecto, por el contrario se encuentra firme, únicamente se encuentra en suspenso su ejecución hasta que se resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico y la Empresa Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. 'SERPREC LTDA.'.

Que, el artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo determina en su parágrafo I, que la Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y **actos administrativos que afecten derechos subjetivos e intereses legítimos.**

Que, en fecha 24 de agosto de 2009 SERPREC LTDA. fue notificada con el auto de 18 de agosto de 2009, cumpliendo así lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo, precedentemente señalado, ya que de acuerdo al artículo 27 de mencionada(sic) cuerpo legal, se considera **acto administrativo toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en el ejercicio de la potestad administrativa.**

Que, de acuerdo a lo determinado en líneas anteriores SERPREC LTDA. no puede alegar indefensión, entendiéndose por este concepto 'Desamparo, carencia de protección. Situación de la parte a quien se niega en forma total o se regatean los medios procesales de defensa, de modo especial, el de ser oída por el juzgador y del patrocinio por letrado' (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas), ya que tiene los medios que la ley le franquea para asumir la defensa de sus pretensiones.



### **CONSIDERANDO:**

*Que, mediante memorial presentado en fecha 31 de agosto de 2009, SERPREC LTDA., solicita se consigne el Auto de fecha 18 de agosto de 2009 en Resolución Administrativa de acuerdo a lo estipulado en el artículo 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 y los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

*Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-36381/2009 de 11 de septiembre de 2009, recomienda la emisión de una Resolución conforme lo establece el artículo 20 parágrafo II del Decreto Supremo 27175, ratificando el contenido del Auto de 18 de agosto de 2009.(...)*

### **RESUELVE:**

*Ratificar el contenido del Auto de 18 de agosto, confirmando la suspensión transitoria de la ejecución de la determinación contenida en el numeral 3) de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 074/2009 de 30 de julio de 2009 hasta que se emita la Resolución que resuelva el Recurso de Revocatoria. ...”*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 266/2009 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió los Recursos de Revocatoria presentados por Banco Económico S.A. y SERPREC Ltda. disponiendo:

*“1. REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución ASFI N° 74/09 de fecha 30 de julio de 2009, declarando prescrita la acción del reclamo de SERPREC en lo referente a los puntos 1,2,3 y 5 en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y los fundamentos expuestos en la presente Resolución.*

*2. CONFIRMAR el numeral 1 de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 074/09 de fecha 30 de julio de 2009.*

*3. CONFIRMAR PARCIALMENTE el numeral 2 de la resolutive de la Resolución ASFI N° 074/09 de fecha 30 de julio de 2009, disponiendo la amonestación al Banco Económico S.A. en la persona de su representante legal señor Justo Yépez Kakuda, por el incumplimiento al cargo 4 notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14164/2009, de fecha 30 de junio de 2009.*

*4. INSTRUIR una previsión al Banco Económico a efecto de atender la potencial contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante (SERPREC) del 33.33% del importe del cheque N° 05079-9 en caso de que la SENTENCIA de primera instancia declare probada la*

demanda de SERPREC, el 66.66% del importe del Cheque, si el Auto de Vista o RESOLUCIÓN de segunda instancia confirma total o parcialmente la Sentencia de primera instancia y el 100% del importe del cheque si el Auto Supremo es desfavorable al Banco Económico S.A., o si en cualquiera de las instancias se ejecutoría la resolución que declare Probada la demanda de SERPREC, siendo obligación de la entidad de intermediación financiera (Banco Económico S.A.) remitir a la ASFI en 5 días hábiles administrativos los comprobantes contables en caso de que las determinaciones judiciales que resuelvan los derechos del reclamante (SERPREC) sean contrarias a la entidad financiera.

5. RECHAZAR la imposición de la sanción del 3% sobre el capital mínimo del Banco Económico.

6. CONFIRMAR el numeral 4 que instruye el cumplimiento del Art. 110 de la ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras por lo que la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Banco Económico S.A. y remitir a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero copia de las actas respectivas.

7. CONFIRMAR el numeral 5 que dispone notificar con la presente Resolución al reclamante en la persona de su representante legal Ing. Guillermo MayoriMachicao”.

Los fundamentos de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, son los siguientes:

**“CONSIDERANDO:**

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, debe resolver los recursos planteados conforme a los puntos recurridos que han sido objeto de impugnación, conforme manda el Art. 65 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y en el marco del Art. 37 del Decreto Supremo N° 29894 de 07 de febrero de 2009, Arts. 101 y 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras referidas a las amonestaciones y multas contra las entidades financieras, Art. 1 Numeral IV de la Ley 3036 de 20 de junio de 2005, en virtud de los cuales queda claramente establecido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene plena competencia para emitir sanciones y regulaciones prudenciales y, finalmente, el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que norma el régimen jurídico de la prescripción administrativa.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en virtud al informe técnico ASFI/DDC/R-21891/2009 que respalda la Resolución ASFI N° 74/09 determina que el Banco Económico S.A. ha incurrido en incumplimiento a los Arts. 603 y 626 del Código de Comercio y Arts. 29 y 36 del Reglamento del Cheque del Banco Central de Bolivia, incumplimientos que se operaron o verificaron en fecha 24 de septiembre de 2004, fecha de cobro del cheque

05079-9 por parte del apoderado de SERPREC y socio accidental de la misma empresa Jaime Enrique Quiroga Angulo, por lo que desde el día siguiente a esa fecha, es decir, 25 de septiembre de 2004, la empresa SERPREC como persona jurídica no formuló reclamo alguno relacionado con dicho Cheque ni sus aplicaciones instruidas por Jaime Enrique Quiroga Angulo, hasta el día 05 de mayo de 2008 momento en el cual SERPREC recién pide certificación de las operaciones que mantenía con el Banco Económico desde la gestión 2003, habiendo transcurrido más de tres años sin reclamar ni denunciar las presuntas irregularidades en el pago-cobro del cheque aludido.

Que, siendo evidente la inactividad respecto al reclamo formulado al Banco Económico por parte de SERPREC pese a existir un proceso arbitral que fue iniciado a instancia de Jaime Quiroga Angulo en fecha 15 de abril de 2005, con reconvencción por parte de SERPREC, la cual fue presentada en fecha 20 de junio de 2005 porque en el citado proceso arbitral se discutió la gestión económica y financiera del proyecto Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta, obra en la que se origina la emisión de letras de cambio por \$us. 11.163.818.20, títulos valores que fueron girados por Magno Guillermo Mayorimachicao en calidad de representante legal de SERPREC, aceptadas por la H.A.M. de Cochabamba y endosadas por Magno Guillermo Mayorimachicao en calidad de representante legal de SERPREC, títulos que finalmente fueron descontados por el cheque N° 05079-9, girado por la H.A.M. de Cochabamba a favor de SERPREC, valorándose esta prueba en observancia del principio de primacía de la realidad, toda vez que esta obra dio origen al cheque intransferible objeto del reclamo de SERPREC.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, compulsadas y analizadas todas las pruebas de cargo y descargo presentadas, se evidencia que el reclamo de SERPREC es posterior al laudo arbitral 001/06 de fecha 12 de enero de 2006 el mismo que contiene –en su página 32- un Estado de Resultados del proyecto aludido en el que se contempla como ingreso las letras de cambio antes citadas y la factura 196, cuyos valores (son) igual al valor del cheque N° 05079-9.

Que, en consecuencia ambos litigantes (Magno Guillermo Mayorimachicao y Jaime Enrique Quiroga Angulo) han conocido la existencia de dichos montos de dinero, prueba de ello la emisión de la factura emitida por la persona jurídica SERPREC, cheque y letras de cambio que tienen evidente grado de conexitud, por lo tanto, el Ing. Mayorimachicao, en su calidad de Gerente General, tenía pleno conocimiento de la existencia de las letras de cambio, máxime si las letras de cambio fueron endosadas por su persona y finalmente descontadas por el cheque intransferible N° 05079-9(sic) habiendo SERPREC(sic) expedido la factura 196 por el monto del cheque N° 05079-9 el 24 de septiembre de 2004.

## **CONSIDERANDO:**

*Que, dentro el contexto fáctico anotado –verdad material- resulta evidente que se ha operado la prescripción de la acción conforme prevé el Art. 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo, correspondiendo determinar en la presente instancia procesal administrativa si se ha producido o no la interrupción de la prescripción antes de ingresar al análisis de fondo referente al incumplimiento del Banco Económico S.A. a las normas citadas en los cinco cargos instaurados contra el Banco.*

*Que, el Art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, deja claramente establecido que la administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*

*Que, conforme el análisis primigenio realizado por la ASFI, en la página 16 de la Resolución ASFI 074/09 se tiene señalado lo siguiente: ‘La interrupción de la prescripción se dio cuando el reclamo de la empresa SERPREC Ltda. sobre los hechos discutidos en la presente fueron de conocimiento pleno de la entidad, y a tal efecto, la entidad (es decir el Banco Económico S.A.) emitió su respuesta definitiva mediante nota de 08 de agosto de 2008 se evidencia que el interesado (es decir SERPREC) interrumpió la prescripción administrativa con la presentación de su reclamo.*

*Que, la referida nota de respuesta del Banco Económico de fecha 08 de agosto de 2008 es en realidad una nota de rechazo a la exigencia de Bs. 10.000.000 por pago del cheque 05079-9, la misma que dentro un análisis más detenido no interrumpe la prescripción ya operada en el presente caso y no tiene características de renunciabilidad de la prescripción porque se trata de una carta de rechazo del Banco cuando ya se había operado la prescripción administrativa de la acción de reclamo de SERPREC conforme establece el Art. 79 del a(sic) Ley de Procedimiento Administrativo concordante con el Art. 1492 del Código Civil que estatuye que los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la Ley establece.*

*Que, con relación a la interrupción de la prescripción por la presentación del reclamo por parte de SERPREC formalizado ante la SBEF ahora ASFI en fecha 16 de abril de 2009 e incluso considerando como primer reclamo la carta de solicitud de certificación presentada ante el Banco Económico en fecha 05 de mayo de 2008, esta última consideración no es correcta, puesto que la presentación extemporánea de un reclamo no interrumpe prescripciones ya operadas.*

*Que, razonando a contrario sensu este criterio tornaría imprescriptible cualquier reclamo de un interesado, usuario o cliente del sistema financiero ya que este podría interrumpir en cualquier momento la prescripción con el simple y único*

*fundamento de que habría presentado su reclamo en el marco del procedimiento establecido en el Reglamento de Atención de Reclamos de Clientes SARC, no siendo ese el contenido ni el sentido de las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG/SIREFI/RJ 061-06 y 068-06 respectivamente.*

*Que, como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006, de fecha 23 de marzo de 2006: 'La prescripción se computa dese(sic) el día siguiente de producida la infracción y en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puedes(sic) ser invocada en cualquier estado del procedimiento'.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, la Resolución Administrativa N° 074/09, la ASFI conforme establece y regula la normativa vigente ha impuesto la sanción de amonestación por incumplimiento al cargo 4 y 5 notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14164/09 de fecha 30 de junio de 2009, al haberse evidenciado la contravención a las disposiciones legales y administrativas al Banco Económico por los incumplimientos a la normativa aplicable.*

*Que, a su vez a(sic) instruido al Banco Económico provisionar el monto correspondiente al pago del cheque 05079-9 a efectos de atender la contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante, instrucción que fue suspendida transitoriamente mediante Auto de fecha 18 de agosto de 2009, hasta que se resuelva el recurso de Revocatoria.*

*Que, esta instrucción de provisión fue suspendida transitoriamente mediante Auto de fecha 18 de agosto de 2009, hasta que se resuelva el recurso de Revocatoria(sic).*

*Que, esta instrucción de provisión fue suspendida transitoriamente mediante Auto de fecha 18 de agosto de 2009, hasta que se resuelva el recurso de Revocatoria.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, de acuerdo al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras CÓDIGO 250.00 GRUPO PREVISIONES se tiene que en esta cuenta, corresponde registrar entre otras descripciones que señala el Manual, el importe estimado para cubrir el riesgo de posible pérdidas originadas por juicios contra la entidad. Bajo ese criterio normativo, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Título V, Capítulo I, Sección 3 Art. 1° relativo al régimen de provisiones específicas, establece un régimen de porcentajes para constituir*

previsiones específicas que van por categorías de menor a mayor riesgo, de la categoría A, que previsiona el 1% hasta la categoría H que previsiona el 100%, régimen de previsiones aplicable al presente trámite por referencia normativa y criterios de prudencia, imponer una previsión del 100% solo procede cuando existe un juicio concluido y con calidad de cosa juzgada contra la entidad regulada.

Que, conforme establece el Art. 1, parágrafo IV de la Ley 3076 de 20 de junio de 2009 la competencia de la ASFI es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros.

Que, por toda la prueba de cargo y descargo presentada se tiene evidenciado que existen contingencias judiciales emergentes de las controversias legales surgidas entre el Banco Económico y SERPREC con relación al cheque 05079-9, que deben ser dilucidadas en las instancias y grados que la Ley otorga.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, en su recurso de Revocatoria de 29 de agosto de 2009 posterior a la denuncia y cargos instaurados por la ASFI ha solicitado la imposición de una sanción de multa del 3% sobre el capital mínimo contra el Banco Económico S.A. por infracción a los Arts. 603 y 626 del Código de Comercio y por infracciones a los Art 29 y 30 del Reglamento del cheque del Banco Central de Bolivia.

Que, sobre estas infracciones, la Resolución ASFI 074/09 de fecha 30 de julio de 2009, en su página 20 establece: 'La determinación y existencia del daño o perjuicio por el procedimiento en el pago del cheque deberá ser resuelto por la autoridad jurisdiccional y conforme a lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 002/07 que señala:

'En estos casos esta actividad de control y supervisión de la SBEF puede ser efectuada sin perjuicio de que los hechos están siendo objeto al mismo tiempo de procesos de investigación, verificación y probanza ante las autoridades judiciales por parte de los interesados, con el fin de determinar la existencia y correspondencia de derechos, así como la existencia de responsabilidades civiles o penales'

'No obstante, de acuerdo a la naturaleza específica de los casos existirán casos muy particulares donde la SBEF tendrá que esperar a que la autoridad judicial se pronuncie previamente para adoptar una decisión en el ámbito administrativo o simplemente deba supeditarse lo dispuesto por la decisión judicial'.

#### **CONSIDERANDO:**

*Que el informe técnico legal ASFI DDC/R/21891 de 21 de julio de 2009 no ha efectuado una adecuada interpretación legal con relación a las causas interruptivas de la prescripción administrativa.*

*Que, respecto a la instrucción de constitución de previsión corresponde en esta instancia determinar la forma de aplicación de la misma para que atienda la contingencia que resulte de la decisión judicial en la contienda legal entre el Banco Económico y SERPREC.*

*Que, conforme establece el numeral IV del Artículo 1 de la Ley 3076 de 20 de junio de 2005, concordante con la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros...”.*

#### **4. MEMORIAL DE COMPLEMENTACIÓN Y ENMIENDA DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 266/2009 SOLICITADA POR LA EMPRESA DE SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. “SERPREC LTDA.”**

Mediante memorial de 5 de octubre de 2009, presentado el 6 del mismo mes y año, Magno Guillermo Mayorimachicao, en legal representación de la Empresa de Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. “SERPREC LTDA.” solicitó complementación y enmienda de la Resolución ASFI N° 266/2009 bajo los siguientes términos:

##### **“I. ANTECEDENTES**

*Notificado que fui con la Resolución ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009, se observa lo siguiente:*

**I.1.** *En el antepenúltimo grupo de considerandos la citada Resolución señala erróneamente la fecha de nuestro recurso de revocatoria de la siguiente manera: ‘Que en su recurso de Revocatoria de 29 de agosto de 2009 posterior a la denuncia y cargos instaurados por la ASFI...’, siendo que de acuerdo al sello de recepción nuestro recurso fue presentado en fecha **28 de agosto de 2009.***

**I.2.** *Si bien la Resolución ASFI N° 266/2009 en uno de los considerandos hace mención de la petición en mi recurso de revocatoria de la sanción contra los señores Felipe Aliaga y Jimena Prado, en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones al Artículo 1º inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 inc. a, sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas de*

Bancos y Entidades Financieras; sin embargo la Resolución ASFI N° 266/2009 no se pronuncia respecto a tales infracciones y menos aún impone sanción alguna contra dichos funcionarios del Banco.

**1.3.** La Resolución ASFI N° 266/2009 no sustenta técnica ni jurídicamente el criterio de división de los porcentajes de las previsiones y tampoco en lo concerniente al momento en que hay que efectuarlas.

## **II. PETITORIO**

En virtud de los antecedentes expuestos, y en la vía de la complementación y enmienda en materia administrativa y en tiempo oportuno conforme lo previsto por el Artículo 36 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 solicito lo siguiente:

**II.1** Enmendar la referencia de la fecha de nuestro recurso en el primer considerando del antepenúltimo grupo de considerando de la Resolución ASFI N° 266/2009.

**II.2** Complementar la Resolución ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009 incluyendo la sanción contra los señores Felipe Aliaga y Jimena Prado, en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones al Artículo 1° inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 inc. a, sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras.

**II.3** Complementar la Resolución ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009 indicando el sustento técnico y jurídico de la división hecha y enmendar el momento en que deben ser hechas las previsiones. ...”

## **5.RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA COMPLEMENTARIA ASFI N° 326/2009 DE 13 DE OCTUBRE DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 326/2009 de 13 de octubre de 2009, la ASFI se pronuncia respecto a la solicitud de complementación y enmienda solicitada por la Empresa de Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. “SERPREC LTDA.” en los siguientes términos:

### **“CONSIDERANDO:**

Que, por una omisión meramente de forma, en la parte considerativa del penúltimo considerando de la Resolución ASFI N° 266/2009, de fecha 25 de septiembre de 2009, se señaló que la empresa SERPREC LTDA. presentó su Recurso de Revocatoria en fecha 29 de agosto de 2009, debiendo señalar que la fecha de presentación del Recurso fue el 28 de agosto de 2009.



Que, respecto a los argumentos presentados por SERPREC LTDA. en relación a que la ASFI no sancionó a los Auditores Internos del Banco Económico S.A. por infracciones al Art. 1º inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 inc.) a sub inciso i, e, (sic) Inc. j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8, todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, corresponde aclarar que este aspecto no fue inicialmente reclamado por SERPREC LTDA., sino que fue en el Recurso de Revocatoria planteado en fecha 28 de agosto del 2009, el momento en el que se realizó la petición de sanción.

Que, la Resolución ASFI N° 266/2009, de fecha 25 de septiembre de 2009 en su parte considerativa expone los fundamentos técnicos y legales que respaldan y justifican la previsión gradual, en estricta aplicación de la analogía jurídica respecto al régimen de provisiones para cartera y que por criterio de prudencia sólo se procede al 100% de la previsión, cuando existe un juicio concluido en todas sus etapas y con calidad de cosa juzgada contra la entidad regulada.

Que, el inciso 3 de la parte resolutive de la Resolución 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, refiere de manera precisa el momento en que deben realizarse las provisiones.(...)

#### **RESUELVE:**

1. Aclarar el primer párrafo del antepenúltimo considerando de la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, debiendo quedar este de la siguiente manera:  
'Que, en su Recurso de Revocatoria de 28 de agosto de 2009 posterior a la denuncia y cargos instaurados por la ASFI ha solicitado la imposición de una sanción de multa del 3% sobre el capital mínimo contra el Banco Económico S.A. por infracción a los Arts. 603 y 626 del Código de Comercio y por infracciones a los Art(s). 29 y 36 del Reglamento del Cheque del Banco Central de Bolivia'.
2. Rechazar la solicitud de complementación de la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, respecto a la sanción contra los auditores internos Felipe Aliaga y Jimena Prado porque no corresponde iniciar en esta instancia un proceso sancionatorio por esta causa contra los citados auditores.
3. Rechazar la solicitud de complementación de la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, respecto al sustento técnico y jurídico de las provisiones, porque esta se encuentra especificada en la parte considerativa de la señalada Resolución al igual que el momento en que deben realizarse las mismas..."

## **6.RECURSOS JERÁRQUICOS INTERPUESTOS.-**

### **6.1. BANCO ECONÓMICOS.A..-**

Por memorial de 09 de octubre de 2009, presentado el 12 del mismo mes y año, el Banco Económico S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos:

#### **“I. ANTECEDENTES:**

*En fecha 29 de septiembre de 2009 el **BANCO ECONÓMICO S.A.** fue notificado con la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009, la misma que destacamos en los numerales 1 y 4 de la parte resolutive a los fines del presente recurso jerárquico:*

- 1. REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución ASFI N° 74/09 de fecha 30 de julio de 2009, declarando prescrita la acción de reclamo de SERPREC en lo referente a los puntos 1,2,3 y 5 en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y los fundamentos expuestos en la presente Resolución.*
- 2. INSTRUIR una previsión al Banco Económico a efecto de atender la potencial contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante (SERPREC) del 33.33% del importe del cheque N° 05079-9 en caso de que la SENTENCIA en primera instancia declare probada la demanda de SERPREC, el 66.66% del importe del cheque, si el Auto de Vista o RESOLUCIÓN de segunda instancia confirma total o parcialmente la Sentencia de primera instancia y el 100% del importe del cheque si el Auto Supremo es desfavorable al Banco Económico S.A., o si en cualquiera de las instancias se ejecutoria la resolución que declare probada la demanda de SERPREC, siendo obligación de la entidad de intermediación financiera (Banco Económico S.A.) remitir a la ASFI en 5 días hábiles administrativos los comprobantes contables en caso de que las determinaciones judiciales que resuelvan los derechos del reclamante (SERPREC) sean contrarias a la entidad financiera.*

#### **II. RECURSO JERARQUICO**

Amparado en los Arts. 56, 66 y sig. de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, dentro el plazo de ley, tengo a bien presentar RECURSO JERARQUICO contra la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009 y sea en atención a los siguientes argumentos de orden lógico y legal que paso a exponer:

- 1) En cuanto a la Prescripción del reclamo de SERPREC.-** La ASFI ha declarado Prescrita la acción del reclamo de SERPREC conforme a los

fundamentos contenidos en la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009, en aplicación del Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, norma que tiene crucial importancia en el ámbito jurídico, administrativo y financiero, toda vez que la Prescripción es una institución de orden público que responde a la necesidad de mantener un sistema financiero SÓLIDO Y ESTABLE de modo tal que las relaciones jurídicas emergentes de la contratación y operaciones de intermediación financiera bancaria no se mantengan pendientes en forma indefinida, dado que el transcurso inexorable del tiempo en todos los ámbitos jurídicos, consolida situaciones creadas y extingue derechos y reclamos, disipando de esa manera la incertidumbre de las relaciones jurídicas en el marco de un Estado de Derecho.

Como señalaba el jurisperito Jose Decker Morales en su Obra titulada Enseñanza Práctica del Derecho Civil, Pág. 322, con cita de jurisprudencia, nos recuerda que:

*'Si durante largo tiempo el posible titular de una acción se ha abstenido de ejercerla, la Ley no admite que lo haga cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto y hasta es factible la destrucción de documentos probatorios de la extinción del derecho...'*

*'El fundamento de la prescripción es un interés de orden público, consistente en hacer desaparecer, al cabo del tiempo toda reclamación sobre los derechos para cortar discusiones interminables y servir al orden y la paz social...'*

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, valoró correctamente el instituto de la Prescripción en el presente caso y enmendó un grave error de apreciación jurídica contenido en la anterior Resolución ASFI N° 74/09 que incorrectamente entendió que el tardío y extemporáneo reclamo de SERPREC vía SARC habría interrumpido la Prescripción y que la carta de fecha 08 de agosto de 2008 de rechazo del Banco Económico S.A. a la ilegal exigencia de pago de Bs. 10.000.000 realizada por SERPREC también habría interrumpido el plazo de la Prescripción, criterios totalmente equivocados que se basaron en un primer informe legal que no consideró que la presentación extemporánea de reclamos de ninguna manera interrumpe PRESCRIPCIONES YA OPERADAS.

Sr. Director Ejecutivo de la ASFI, no respetar el instituto de la Prescripción hubiera constituido un funesto precedente para la seguridad, solidez y estabilidad del Sistema Financiero, que es una de las misiones más importantes y delicadas que tiene la ASFI.

**2) En cuanto a la instrucción de Previsión.-** Como se tiene expuesto anteriormente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció una

Resolución correcta, legal y justa al revocar parcialmente la Resolución ASFI N° 74/09 de fecha 30 de julio de 2009 declarando prescrita la acción del reclamo de SERPREC; sin embargo en el numeral 4 de la misma Resolución ASFI N° 266/2009 su autoridad en forma drástica e innecesaria ha instruido una PREVISIÓN PORCENTUAL que tendría que realizar el Banco Económico S.A. a efecto de atender la potencial contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante SERPREC, instrucción de previsión que no tiene razón de ser, toda vez que este reclamo se encuentra Prescrito y lo que correspondía era que su autoridad ordene el archivo de obrados.

Esta instrucción de Previsión constituye un acto administrativo que afecta, lesiona y perjudica el derecho subjetivo del Banco Económico S.A. consistente en la presunción de inocencia establecido en la nueva Constitución Política del Estado Art. 116 concordante con el Art. 74 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y se traduce en un severo prejuzgamiento del Ente Regulador cuando todavía el Juez de la causa 1° de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, no ha determinado ni calificado daños y perjuicios ni a favor del BANCO ni a favor de SERPREC y por lo tanto el riesgo de cualquier potencial pérdida aún no se encuentra determinado ni cuantificado por la autoridad jurisdiccional.

Catalogar como potencial pérdida a todo juicio instaurado contra las entidades financieras por los usuarios o clientes del sistema financiero, implica un prejuzgamiento del Ente Regulador más aún si en el proceso civil doble entre SERPREC y el BANCO ECONÓMICO S.A., se encuentra en trámite y no se tiene certeza del posible importe estimado de pérdida en este juicio, correspondiendo que el superior jerárquico o Ministro cabeza de sector deje sin efecto la instrucción de previsión contenida en el numeral 4 de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 266/09 de fecha 25 de septiembre de 2009, dejando que las autoridades jurisdiccionales en el ámbito de su competencia determinen la existencia de daño o perjuicio a favor del BANCO o de SERPREC conforme a lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 002/07 en la cual prudencialmente se ha determinado que en casos particulares el Ente Regulador tendrá que 'esperar a que la autoridad judicial se pronuncie previamente para adoptar una decisión en el ámbito administrativo o simplemente debe supeditarse a lo dispuesto por la decisión judicial'.

### **III PETITORIO.-**

De conformidad con el Art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 solicitamos a su autoridad dar curso al presente Recurso Jerárquico y pedimos al Superior Jerárquico admitir y resolver(sic) el presente recurso en la vía de puro derecho en atención a los fundamentos expuestos y definiendo en el fondo, deje sin efecto la injusta e ilegal instrucción de Previsión contenida en el numeral 4 y manteniendo inalterables y subsistentes los numerales 1,2,3,5,6 y 7 de la parte

resolutiva de la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009 en atención a que el reclamo de Serprec se encuentra prescrito, siendo consecuencia de toda prescripción la extinción de derechos y no la instrucción de previsiones conforme manda y establece el Art. 1492 del Código Civil concordante con el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Será Justicia.-

**Otrosi 1º.-** Como prueba de reciente obtención de la temeridad procesal del Ing. Magno Guillermo MayoriMachicao, se adjunta fotocopia de la Sentencia N° 15/09 dictada por el Juez 2º de Sentencia del Distrito Judicial de Cochabamba de fecha 02 de octubre de 2009 que condena al(sic) Magno Guillermo MayoriMachicao y a Carlos Hernán Bolívar López (socios de SERPREC) a pena de RECLUSIÓN de cuatro años y seis meses por ser autores del delito de Estafa, dentro del proceso penal seguido por Ricardo Agustín Jiménez A. En representación de Janneth Pastora Camberos Vda. de Barroso e hijos (herederos del fallecido socio mayoritario de SERPREC Ing. Edgar Fortunato Barroso Daza) que pone en evidencia su malicia y temeridad al no haber informado ni exhibido el acta de asamblea de socios de SERPREC de fecha 26/10/2004 en la que consta que el abogado Eddy Vargas Bravo en representación del enfermo Edgar Barroso Daza (socio mayoritario) se opuso a la revocatoria de poderes a la aprobación de balances de gestión 2004 y a la designación de Gerente General, hecho de reciente conocimiento del Banco que hace dudar en forma razonable sobre la validez o legitimación activa de las actuaciones de Magno Guillermo Machicao posteriores al 26 de octubre de 2004 como Gerente General de SERPREC, se tenga presente este aspecto a los fines legales pertinentes....”

#### **6.1.1 ALEGATOS PRESENTADOS POR LA EMPRESA DE SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. “SERPREC LTDA.” AL RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR BANCO ECONÓMICO S.A.**

Mediante memorial de 6 de noviembre de 2009, presentado el 09 del mismo mes y año, Magno Guillermo MayoriMachicao, en legal representación de SERPREC LTDA. presenta alegatos al Recurso Jerárquico interpuesto por el Banco Económico S.A., bajo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

##### **“I. ANTECEDENTES**

*En mi condición de Gerente General de SERPREC Ltda., en fecha 23 de octubre de 2009 he sido notificado con el Auto de fecha 21 de octubre del mismo año emitido por el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, mediante el cual se dispone se notifique a mi persona en mi condición de Gerente General de SERPREC Ltda. con el recurso Jerárquico interpuesto por el Banco Económico S.A. contra la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, para que SERPREC Ltda., en condición de tercer legítimo interesado presente*

alegatos en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos conforme establece el parágrafo II del artículo 41 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

## II. FORMULA ALEGATOS

**II.1 Prescripción y previsión:** En primer lugar nos referiremos a los argumentos del Banco Económico S.A. en su recurso jerárquico, como podrá observarse, éstos reflejan una vez más su típica actitud de pretender sortear la normativa que regula su actividad aduciendo la prescripción, debe tenerse presente que la prescripción establecida en el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo es prescripción de la acción de reclamo en la vía administrativa, para efecto de la aplicación de la sanción administrativa, pues está en curso la vía judicial en la que se determinará el pago por parte del Banco Económico S.A. a favor de SERPREC Ltda., y por consiguiente no corresponde dejar sin efecto la instrucción de previsión toda vez que ésta desde ningún punto de vista es ilegal y menos aún injusta ¿Cómo puede hablar de justicia y legalidad un Banco sobre el que pesan pruebas contundentes respecto del pago ilegal de un cheque intransferible en perjuicio de la empresa SERPREC Ltda. y además un Banco que ha demostrado la emisión de información tergiversada por parte de sus auditores, infracciones al reglamento del SARC y de normas contables entre otras?

El Banco pretende escudar en la prescripción sus incumplimientos a normas expresas y más aún pretende sortear el incumplimiento de la previsión dispuesta por la ASFI, no obstante que el Banco ya había recibido bastantes favores de dicha entidad reguladora, cuya condición de tal incluso ya queda en duda, puesto que dicha entidad suspendió mediante Auto de fecha 18 de agosto de 2009, sin ningún fundamento jurídico, legal ni técnico la previsión dispuesta en el numeral 3) de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, es más, el citado Auto fue emitido el mismo día de la Resolución N° 103/2009 de fecha 18 de agosto de 2009 por la que se autoriza e inscribe el programa de emisiones de bonos subordinados Banco Económico por la suma de USD. 10.000.000.—(Diez Millones 00/100 de Dólares Americanos).

Hasta la fecha desconocemos si el Banco Económico S.A. informó como **hecho relevante** la previsión ordenada por la ASFI y la suspensión de dicha previsión, no obstante que tal información fue solicitada a la misma ASFI mediante cite: SERPREC 104/09 de fecha 7 de septiembre de 2009, misma que no ha sido respondida hasta la fecha, adicionalmente tampoco se conoce si el Banco Económico S.A. informó en el prospecto marco del programa de emisiones sobre el juicio que mantiene SERPREC Ltda. en su contra demandando el pago del cheque intransferible N° 05079-9.

Como se hizo notar oportunamente en nuestro memorial de fecha 28 de agosto de 2009 en el que se expusieron argumentos jurídicos, legales y técnicos contundentes contra la determinación de la ASFI, la suspensión de previsión vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC LTDA. como usuario del sistema financiero y víctima de los perjuicios causados por el Banco Económico S.A. por el pago ilegal de un cheque intransferible y además vulnera el interés público en su condición de emisor de Bonos más aún si se toma en cuenta que el monto de daño supera el 10% del monto total del programa de emisiones.

Como podrá observar luego de favorecer deliberadamente la ASFI el Banco Económico S.A. con la suspensión de la previsión, y no obstante de haberla impugnado oportunamente, la ASFI mediante Resolución ASFI N° 226/2009 sin ningún argumento legal dispuso la ratificación de dicha suspensión de la previsión hasta que se resuelva el recurso de revocatoria y posteriormente en la Resolución ASFI N° 266/2009 mediante la cual resuelve el recurso de Revocatoria dispone en el Resuelve 4 una previsión gradual sin ningún argumento jurídico, ni legal y menos aún de carácter técnico, el cual es totalmente desvirtuado en nuestro recurso jerárquico indicando lo siguiente:

*'Como prueba de las falsas interpretaciones que realiza la ASFI para fundamentar esta modalidad de previsión, el considerando 8 de la Resolución ASFI 266/2009, se sustenta con el Título V Capítulo I Sección 3 Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo el contenido de la mencionada norma no menciona en absoluto las afirmaciones de la ASFI. A continuación desarrollamos el contenido de dicha norma de manera textual:*

*'TITULO V  
CAPITULO I  
SECCION 3: TIPOS DE CRÉDITO*

*Artículo 1°.- Definición de tipos de crédito.-Sin perjuicio de que las EIFs definan subcategorías más detalladas, para efectos de información, la EIFs deberán enmarcar a sus clientes en los siguientes tipos:*

- 1. Créditos individuales: créditos que, por su naturaleza, deben ser evaluados sobre la base de características propias de cada deudor utilizando sus metodologías, mismas que deberán capturar la esencia de este tipo de créditos.*
- 2. Créditos masivos: créditos que, por su naturaleza, pueden ser evaluados en forma grupal utilizando metodologías que agrupen deudores con características relevantes similares desde el punto de vista del riesgo. Cada EIF podrá definir tipos de crédito con mayor detalle, siempre que la política de gestión de riesgo de crédito y las metodologías utilizadas así lo requieran'.*

Ante la falta de sustento técnico y jurídico en la Resolución ASFI N° 266/2009, mediante memorial en fecha 6 de octubre de los corrientes se pidió entre otros aspectos que se complementará dicha resolución en lo concerniente a la previsión indicando el sustento técnico y jurídico de la división hecha y

enmendar el momento en el que deben ser hechas las provisiones, sin embargo mediante Resolución ASFI N° 326/2009 la ASFI dispuso en su resolución 3 'Rechazar la solicitud de complementación de la ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, respecto de sustento técnico y jurídico de las provisiones, porque esta se encuentra especificada en la parte considerativa de la señalada Resolución al igual que el momento en que deben realizarse las mismas'.

Estas determinaciones contenidas en las Resoluciones ASFI N° 266/2009 y ASFI N° 326/2009 son incongruentes y contradictorias por lo siguiente:

- La ASFI no toma en cuenta el caso que si la primera y segunda instancia en el proceso judicial fueren favorables al Banco y el Auto Supremo no lo fuera, entonces el Banco nunca habría registrado la contingencia legal y se habría expuesto en los estados financieros contingencias, entonces se encontraría obligado a realizar el pago al demandante y los clientes de la entidad financiera inclusive los inversionistas de los bonos emitidos por el Banco nunca habrían conocido esta contingencia legal, al no estar contabilizada la misma en los estados financieros.
- Constituir una previsión del 33.33% cuando se dicte el Auto supremo es absurdo, ya que en ese momento el Banco únicamente debe cumplir el Auto Supremo y pagar al demandante, el constituir provisiones en ese momento es totalmente extemporáneo y absurdo.

La irresponsabilidad del Director de la ASFI no concluye ahí, en su Resolución ASFI 326/2009 en su considerando establece que la previsión gradual se justifica en estricta aplicación de la analogía jurídica respecto al régimen de provisiones **para cartera** y que por criterio de prudencia solo procede al 100% de la previsión, cuando existe un juicio concluido en todas sus etapas y con calidad de cosa juzgada contra la entidad regulada. Esta justificación es completamente incongruente y adolece de sustento jurídico técnico por lo siguiente:

- No se puede comparar el concepto de una previsión de cartera con una previsión que corresponde a un proceso judicial iniciado contra la entidad financiera porque son completamente diferentes, la previsión de cartera corresponde a los importes que se estiman para cubrir riesgos de pérdidas por incobrabilidad de préstamos. La previsión de cartera se registra cuando el deudor no cuenta con un flujo de caja que le permita hacer frente a sus obligaciones crediticias, cuando el deudor no cumple con el plan de pagos e ingresa continuamente en mora y cuando las garantías otorgadas a favor de la entidad financiera son insuficientes, son de difícil realización y/o las mismas no se encuentran legalmente constituidas. Los parámetros de evaluación y calificación de la cartera de créditos se realiza según el tipo de crédito según lo establece el Reglamento específico determinado por la ASFI. Por las características o tipos de créditos, estos pueden ser provisionados en su integridad al 100% cuando no existe una fuente alternativa de recupero de manera independiente al proceso judicial y/o antigüedad del mismo.



(Esta(s) provisiones se registran en unas cuentas reguladoras de **ACTIVOS Grupo 139** del Manual de Cuentas de la ASFI).

- La previsión para cubrir posibles pérdidas originadas por juicios en contra de la entidad, se registran en el **Grupo 250 PASIVO** (del Manual de Cuentas de la ASFI). Estas provisiones deben ser registradas de acuerdo a la estimación de riesgo de la misma. Este procedimiento es habitual por parte de la ASFI durante las inspecciones a las diferentes entidades de intermediación financiera.

Es importante también precisar que de ninguna manera la instrucción de provisionar constituye un prejuzgamiento, puesto que tal medida es dispuesta sobre una base objetiva, cierta y claramente determinada por la misma ASFI la cual en ningún momento fue desvirtuada por el Banco Económico S.A. la cual es el incumplimiento por parte del Banco Económico S.A. de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución N° 081/2001 en el pago del cheque 'intransferible' N° 05079-9 girado a la orden de SERPREC Ltda., siendo que como efecto de ello se podrá determinar el resarcimiento correspondiente, el Banco debe provisionar al menos el 100% del monto del cheque señalado para el caso que se dispusiera el pago de dicho resarcimiento.

En sujeción a lo señalado queda comprobado una vez más que la Resolución ASFI N° 266/2009 carece de sustento jurídico y legal e inclusive técnico, quedando expuesta su manifiesta parcialización a favor del Banco Económico S.A.

Como se puede apreciar, la determinación de suspender la previsión, luego instruir que la misma se realice porcentualmente de acuerdo a la situación legal del proceso iniciado por SERPREC en contra del Banco por mal pago, **sin considerar siquiera el resultado final del proceso administrativo** y posteriormente compararlo con el esquema de provisiones para cartera de créditos, es totalmente ilegal y fuera de contexto técnico que debe ser evaluado por su autoridad'

Por todo lo señalado queda expresamente demostrado que los argumentos del recurso jerárquico del Banco Económico S.A. no tienen asidero jurídico, legal ni técnico y por lo tanto dicho Banco no ha sustentado que la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009 haya vulnerado sus derechos subjetivos ni sus intereses legítimos. En tal sentido corresponde a su autoridad disponer que el Banco Económico S.A. efectúe la previsión por el monto del cheque 'intransferible', N° 05079-9.(...)

**OTROSÍ 1º.-** En lo concerniente al contenido del Otrosí 1º del recurso jerárquico del Banco Económico S.A. en el que se hace referencia a una 'prueba de reciente obtención' y a la 'temeridad procesal del Ing. Guillermo MayoríMachicao' y se adjunta una fotocopia de la Sentencia dictada por el Juez 2º de Sentencia del

*Distrito Judicial de Cochabamba por la que condena a dicha persona y a su otro socio a la pena de reclusión por ser autor del delito de estafa dentro del proceso seguido por los herederos de un socio de SERPREC Ltda., corresponde manifestar que la temeridad procesal viene de los herederos del socio y del Juez de la causa que propiciaron un juicio penal sobre aspectos estrictamente corporativos y contractuales que a toda luz y sustento legal está fuera de la competencia de un Juez en materia penal tal como lo dispuso el auto que resolvió el Amparo Constitucional y que el Juez de Sentencia desconoció, motivo por el cual además de las recusaciones se ha iniciado una querrela contra dicho juez tal como se evidencia de los documentos que adjunto así como del Acta que menciona el citado otrosí 1º la misma que como podrán ver contiene resoluciones con la mayoría en la que deben aprobarse, pues de acuerdo a ley en una sociedad no es condición que los temas tratados en las Asambleas de socios se aprueben por unanimidad pero sí por mayoría tal como sucedió en el Acta cuya fotocopia también se adjunta. Estos extremos no tienen absolutamente nada que ver con la materia del presente proceso administrativo que involucra al Banco Económico S.A. como infractor de leyes vigentes en el pago ilegal del cheque intransferible N° 05079-9 y demás infracciones que fueron denunciadas y debidamente demostradas. Demostrando de esta manera la colusión existente entre el banco Económico S.A. y el Sr. Jaime Enrique Quiroga, quien promueve los juicios contra la Empresa SERPREC Ltda...”*

## **6.2 RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR SERPREC LTDA.-**

Mediante memorial de 28 de octubre de 2009, presentado en la misma fecha, Magno Guillermo Mayorimachicao en legal representación de Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. “SERPREC LTDA.” interpuso Recurso Jerárquico contra las Resoluciones ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009 y ASFI N° 326/2009 de 13 de octubre de 2009, en virtud a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

### **“I. ANTECEDENTES**

Mediante memorial presentado en fecha 28 de agosto de 2009 interpusimos recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 74/2009 pidiendo que se resuelva el recurso revocando parcialmente la citada Resolución disponiendo lo siguiente:

1. La imposición de una sanción de multa del 3% sobre el capital mínimo contra el Banco Económico S.A. por infracciones al Artículo 603 y 626 del Código de Comercio y por infracciones a los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución N° 081/2001.
2. La imposición de la sanción que corresponda contra los señores Felipe Aliaga M. y Jimena Prado C. en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones a las siguientes disposiciones: Artículo 1º inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 (inc. a, subinciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y además en su caso, disponga

la remisión del Informe de Auditoría Interna más la documentación adjunta al Ministerio Público para que promueva la acción penal que corresponda.

3. Revocar el resuelve 1° de la Resolución ASFI N° 74/2009 y disponer la imposición de sanción que corresponda contra el Gerente General del Banco Económico S.A., señor Justo YepezKakuda por infracción al Artículo 3° de la Sección 2 Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC), del Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
4. Confirmar la amonestación al Banco Económico S.A. dispuesta en el resuelve 2° de la Resolución ASFI N° 74/2009.
5. Confirmar la instrucción al Banco Económico de previsión del monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9, dispuesta en el resuelve 3° de la Resolución ASFI N° 74/2009.
6. Confirmar los resuelves 4 y 5 de la Resolución ASFI N° 74/2009.

No obstante que nuestro recurso de revocatoria argumenta jurídica y legalmente su petición, la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009 hace caso omiso de tales argumentos e inclusive de nuestras peticiones disponiendo lo siguiente:

1. REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución ASFI N° 74/09 de fecha 30 de julio de 2009, declarando prescrita la acción del reclamo de SERPREC en lo referente a los puntos 1,2,3 y 5 en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y los fundamentos expuestos en la presente Resolución.
2. CONFIRMAR el numeral 1 de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 074/09 de fecha 30 de julio de 2009.
3. CONFIRMAR PARCIALMENTE el numeral 2 de la resolutive de la Resolución ASFI N° 074/09 de fecha 30 de julio de 2009, disponiendo la amonestación al Banco Económico S.A. en la persona de su representante legal señor Justo Yépez Kakuda, por el incumplimiento al cargo 4 notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14164/2009, de fecha 30 de junio de 2009.
4. INSTRUIR una previsión al Banco Económico a efecto de atender la potencial contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante (SERPREC) del 33.33% del importe del cheque N° 05079-9 en caso de que la SENTENCIA de primera instancia declare probada la demanda de SERPREC, el 66.66% del importe del Cheque, si el Auto de Vista o RESOLUCIÓN de segunda instancia confirma total o parcialmente la Sentencia de primera instancia y el 100% del importe del cheque si el Auto Supremo es desfavorable al Banco Económico S.A., o si en cualquiera de las instancias se ejecutoría la resolución que declare Probada la demanda de SERPREC, siendo obligación de la entidad de intermediación financiera (Banco Económico S.A.) remitir a la ASFI en 5 días hábiles

administrativos los comprobantes contables en caso de que las determinaciones judiciales que resuelvan los derechos del reclamante (SERPREC) sean contrarias a la entidad financiera.

5. RECHAZAR la imposición de la sanción del 3% sobre el capital mínimo del Banco Económico.

6. CONFIRMAR el numeral 4 que instruye el cumplimiento del Art. 110 de la ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras por lo que la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Banco Económico S.A. y remitir a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero copia de las actas respectivas.

7. CONFIRMAR el numeral 5 que dispone notificar con la presente Resolución al reclamante en la persona de su representante legal Ing. Guillermo Mayorimachicao”.

## **II. LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS**

De los antecedentes señalados se observan a continuación incongruencias, contradicciones y omisiones en la Resolución ASFI N° 266/2009 que además constituyen una manifiesta parcialización de la Autoridad Supervisora del Sistema Financiero en desmedro de los derechos e intereses del usuario del sistema financiero, incumpliendo de esta manera con los Artículos 2, 99, 102, 153 y 154 (num. 3 y 10) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En este sentido desarrollaremos tales incongruencias por cada uno de los numerales más relevantes de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 266/2009:

**Resuelve 1:** Este resuelve de la Resolución que recurrimos mediante el presente recurso es por demás incongruente puesto que señala que se RESUELVE ‘REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución ASFI N° 74/09 de fecha 30 de julio de 2009 **declarando prescrita la acción del reclamo de SERPREC en lo referente a los puntos 1, 2, 3 y 5** en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y los fundamentos expuestos en la presente Resolución’

Como podrá observarse esta parte resolutive hace referencia a puntos que no tienen ninguna relación con los considerandos de la misma resolución y al parecer tampoco con los resuelve la Resolución ASFI N° 74/09. Por otra parte en los considerandos de la Resolución ASFI N° 266/2009 concernientes a la prescripción existen aseveraciones falsas y consideraciones que no se encuentran directamente relacionadas con el pago indebido del cheque intransferible N° 05079-9 por parte del Banco Económico S.A. como por ejemplo que: ‘SERPREC tiene una participación minoritaria en la obra ‘Distribución Vehicular Muyurina Recoleta’, cuando es SERPREC la empresa con la que la Alcaldía de Cochabamba suscribió dicho contrato de obra y no con la asociación accidental tal como se acredita de la documentación que cursa en los antecedentes. Asimismo la ASFI cual si fuera

defensora de oficio del Banco Económico S.A. en un proceso civil 'ni siquiera administrativo', hace referencia a un proceso arbitral, gestión económica financiera del proyecto distribuidores Muyurina y Recoleta, montos, letras de cambio, afirmaciones de endosos, descuentos, entrega de facturas, como si ello fuere prueba de que el señor Guillermo Mayori hubiere conocido en fecha 24 de septiembre de 2004 que el cheque intransferible 05079-9 hubiere sido indebidamente pagado, lo cual no es así, pues ni bien el señor Guillermo Mayori tomó conocimiento de ciertas operaciones efectuadas en el Banco Económico S.A. como efecto de una auditoría y por información proporcionada por el mismo Banco en el mes de mayo de 2008 a través de cartas de confirmación de saldos dirigidas por SERPREC Ltda., a todas las entidades del sistema financiero SERPREC Ltda. inició su trámite de consulta a través del SARC pidiendo información adicional que nunca le fue proporcionada en forma completa por el Banco y dicho reclamo concluye con la carta definitiva de fecha 8 de agosto de 2008 del Banco Económico S.A.

La ASFI parece atribuirse el derecho de adentrarse en temas que están fuera de su competencia y que además están siendo ventilados en otros procesos cuyos detalles son de su completo desconocimiento pero que aún así adquiere la postura no solo del Banco sino del Sr. Jaime Enrique Quiroga. Es por demás evidente que la empresa SERPREC Ltda. no tuvo conocimiento de que el citado cheque se había pagado indebidamente, como prueba de ello se tiene que el pago no fue abonado en cuentas de SERPREC Ltda. como el propio Banco Económico S.A. lo certificó al Dr. Jorge López, Fiscal de Materia, a través del Cite: SGNO-2101/2008, por tal motivo menos aún pudo haber ejercido la acción ante la entonces SBEF. Si bien existen resoluciones jerárquicas que señalan que la prescripción de infracciones administrativas se computan a partir del día siguiente de ocurrido el hecho, sin embargo si han existido hechos que han sido llevados a cabo a ocultas del titular o del principal perjudicado y que por ello este no ha podido ejercer las acciones administrativas para la sanción por dichas infracciones, entonces en este caso la configuración de prescripción adolecería de un elemento fundamental que es el conocimiento del hecho por parte del titular del derecho de ejercer la acción, pues la prescripción es el castigo a la negligencia de ejercer acción por parte del titular de un derecho, como mínimo el titular debe tener conocimiento del hecho para ejercer las acciones que por ley correspondan, si no las conoció, no le corre la prescripción, en tal sentido rechazamos los argumentos sobre la prescripción de la Resolución ASFI N° 266/2009 por general con ello desamparo a los derechos fundamentales de SERPREC Ltda.

**Resuelve 2:** En lo concerniente al Resuelve 2, éste dispone 'CONFIRMAR el numeral 1 de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 074/09 de fecha 30 de julio de 2009', sin embargo en ninguna parte de la Resolución ASFI N° 266/2009, se hace referencia a la pertinencia de la confirmación de este resuelve, POR LO TANTO NO EXISTE ARGUMENTO JURÍDICO NI LEGAL ALGUNO que sustente la confirmación del numeral 1 de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 074/09, es decir aquel

numeral que determina desestimar el cargo notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14163/20 de fecha 30 de junio de 2009 al Gerente General del Banco Económico S.A., señor Justo YopezKakuda, cargo que se refiere al incumplimiento al reglamento del SARC.

En nuestro recurso se expuso con suficiente detalle (página 17 y 24 de nuestro memorial de recurso de revocatoria) la relación de infracciones al Reglamento del SARC cometidas por el Banco Económico S.A., sobre base de la documentación de la correspondencia cursada a través del SARC entre SERPREC Ltda. y el Banco Económico S.A., documentación que constituye prueba por demás evidente y contundente contra el Banco Económico S.A. y que por lo tanto demuestra el incumplimiento por parte de dicha entidad al reglamento del SARC, extremo que sin sustento jurídico ni legal alguno desestimó la ASFI en el numeral 1 de la Resolución ASFI N° 074/09 y peor aún extremos que no fueron desvirtuados por el Banco Económico S.A. en su recurso de revocatoria y que deliberadamente y con flagrante actitud parcializada sin consignar ningún argumento jurídico ni legal la ASFI confirmó en el resuelve 2 de la Resolución ASFI 266/2009 de 25 de septiembre de 2009.

Ante semejante actitud de la Autoridad reguladora, que pone en tela de juicio la transparencia de sus actos y su '**apego estricto a la Ley**' y viola los derechos subjetivos y lesiona los intereses legítimos de SERPREC Ltda. como usuario del sistema financiero, corresponde al superior jerárquico revocar el resuelve 2 de la Resolución ASFI 266/2009 de 25 de septiembre de 2009 y disponer la sanción pertinente contra el Gerente General del Banco Económico S.A. por infracción al Artículo 3° de la Sección 2 Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras, en mérito a los siguientes extremos:

De la documentación que hemos presentado a la ASFI adjunta a la denuncia, se evidencia que el Banco Económico S.A. incumplió en varias oportunidades con el citado Artículo 3 del Reglamento del Funcionamiento del Servicio de Atención a Reclamos de Clientes (SARC), el mismo que establece que las respuestas emitidas por las entidades financieras deben ser:

**'Oportunas:** Se refiere al cumplimiento con el plazo fijado para emitir la respuesta de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento.

**Íntegras:** Se refiere a que la respuesta debe corresponder a la verdad de los hechos, ser completa, exacta, imparcial y verificable, respecto a todos los aspectos planteados en el reclamo.

**Comprensibles:** Se refiere a que la respuesta debe contener toda la información que facilite el entendimiento de la misma por parte del cliente o usuario'.

Sin embargo, conforme lo precisaremos a continuación, es por demás evidente que el Banco Económico S.A. infringió las disposiciones contenidas en el citado Artículo 3

del Reglamento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC) respecto a la atención de nuestro trámite de consulta y posterior reclamo:

**A) INCUMPLIMIENTO A PLAZOS DE RESPUESTA (INFRACCIÓN A LA RESPUESTA OPORTUNA)**

El citado Artículo 3 de la Sección 2 que reglamenta el Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes establece que **las entidades financieras deberán emitir una respuesta a cada reclamo en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles**, a partir de la fecha de la recepción del mismo y que en caso de requerir un plazo mayor, la entidad supervisada debe comunicar, dentro de los cinco (5) días establecidos, al cliente o usuario la fecha en la que emitirá la respuesta, justificando los motivos del retraso.

Se puede observar en el siguiente cuadro, que el Banco **no cumplió con los plazos** previstos para la atención de trámites y consultas, y tampoco comunicó el requerimiento de un plazo mayor conforme lo previsto en la norma; peor aún, se negó a entregar documentación de la empresa SERPREC, las que tuvieron que ser obtenidas a través de requerimientos fiscales, dentro del ilegal proceso penal que el Banco Económico me instauró.

SERPREC			Banco Económico		Observaciones
Trámite	Cite	Fecha	Cite	Fecha	
Confirmación de saldos	087/08	05/05/2008	062/08	05/05/2008	Sin observación
Solicitud de inf. de los DPF's	093/08	09/05/2008			
Solicitud de inf. De los DPF's 2do. Requerimiento	098/08	21/05/2008	925/08	23/05/2008	Respuesta incompleta y con demora de 14 días desde la 1ra. Solicitud
Rechazo a su respuesta 3er. Requerimiento	101/08	28/05/2008	236/08	02/06/2008	Respuesta incompleta y con demora de 24 días desde la 1ra. Solicitud
Rechazo a su respuesta 4to. Requerimiento	105/08	13/06/2008	236/08	27/06/2008	Respuesta completa y con demora de 49 días desde la 1ra. Solicitud
Nuevo requerimiento de información	113/08	02/07/2008			
Nuevo requerimiento de información 2do. Requerimiento	121/08	21/07/2008	200/08	22/07/2008	Demora 20 días y sin proporcionar la información solicitada

Nuevo requerimiento de información 3er. Requerimiento	125/08	24/07/2008	1430/08	25/07/2008	Respuesta incompleta y con demora de 23 días desde la 1ra. Solicitud
-------------------------------------------------------	--------	------------	---------	------------	----------------------------------------------------------------------

(\*) La información solicitada no fue atendida en su integridad hasta la emisión del informe por intermedio del SARC.

## **B) RESPUESTAS INCONGRUENTES INEXACTAS (RESPUESTAS NO INTEGRAS)**

Las respuestas del Banco Económico S.A. a las diferentes solicitudes de la Empresa SERPREC Ltda. y de autoridad judicial competente, fueron incongruentes e inexactas.

A continuación exponemos algunos ejemplos:

1) El Cite: GR.CB 1430/08 del Banco Económico S.A. entregado en fecha 25 de julio de 2008 menciona que la cuenta N° 3054-091223 '**...no pertenece a usted, ni a la empresa SERPREC ni a sus socios, ni a sus socios accidentalmente**(sic), por lo tanto en virtud al Art. 86 y 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, no se puede proporcionar antecedentes de dicha cuenta...'

### **Observación:**

De acuerdo a la Certificación del Banco Económico S.A. Cite: SGNO.2101/2008 de fecha 31 de octubre de 2008, dirigido al Dr. Jorge López Flores, Fiscal de Materia de Cochabamba, '**...la cuenta N° 3050-091223 en UFV corresponde a Jaime Enrique Quiroga Angulo...**' de quién en diferentes comunicaciones el Banco Económico S.A. manifestó e informó **que es apoderado y socio accidental de SERPREC Ltda.**

2) SERPREC Ltda. a través del Cite: SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. le remita fotocopia en anverso y reverso del cheque N° 05079-9. Al respecto, esa entidad financiera a través del Cite: GR. CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008 afirmó: '**Corresponde que SERPREC dirija su solicitud a la entidad bancaria que pagó el indicado cheque (Banco de Crédito de Bolivia) entidad que tiene el cheque original para extender la respectiva copia legalizada. Nuestro banco solo cuenta con una fotocopia simple que fue proporcionada a la empresa SERPREC en su oportunidad**'

**Observación:** De la documentación presentada por el Banco Económica S.A. a la Empresa SERPREC Ltda., cuyas copias fueron remitidas en su integridad a esa entidad reguladora, se observa que el Banco Económico S.A. '**nunca**' entregó copia del cheque, razón por la cual, a través de orden judicial se solicitó a esa entidad le proporcione documentación que acredite dicha afirmación. Sin embargo, el descargo no fue presentado a SERPREC ni a la autoridad judicial competente.



3) La Empresa SERPREC Ltda. a través del Cite SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. le proporcione una copia del extracto bancario donde haya sido abonado el Cheque N° 05079-9. Al respecto el Banco Económico S.A. a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008 **entregó dos planillas de Cámara de Compensación** (primera y segunda) de fecha 24 de septiembre de 2004, donde mencionan que '...se visualiza la casilla documentos por cobrar al Banco de Crédito de Bolivia, por un monto de(sic) global de Bs. 7.514.510,44 que corresponde al neteo de seis (6) cheques presentados a Cámara de Compensación con este Banco el 24/09/04 y dentro del cual se encuentra consignada la cobranza del cheque N° 05079-9 girado a favor de SERPREC Ltda. por un monto de Bs. 7.478.092.24'.

**Observación:** La respuesta del Banco Económico S.A. **no guarda relación** con la solicitud de información requerida por SERPREC Ltda. peor aún, busca confundir a nuestra empresa, puesto que las planillas individuales de 1° y 2° cámara de fecha 24 de septiembre de 2004 enviadas por esa institución corresponden únicamente al resumen del proceso de cámara de compensación de esa entidad financiera de fecha 24 de septiembre de 2004, **no corresponde en absoluto al contenido de la solicitud** de SERPREC Ltda., que correspondía a una copia del extracto bancario donde se haya abonado el Cheque N° 05079-9.

Posteriormente a solicitud judicial el Banco Económico S.A. remitió copia del extracto bancario de la cuenta N° 3054-091223 en UFV de Jaime Enrique Quiroga Angulo.

4) SERPREC Ltda. a través del Cite SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. proporcione copia de la papeleta de depósito para el pago del cheque N° 05079-9. El Banco Económico S.A. a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008 informó que 'Las dos planillas de Cámara de Compensación descritas en el inciso b.1 se constituyen en la confirmación del abono producto del canje de cheques entre bancos vía Cámara de Compensación, por lo tanto las mismas acreditan el pago del cheque'.

**Observación:** Una vez más el banco busca confundir y se niega a proporcionar la información solicitada, puesto que las copias de las planillas individuales remitidas por esa entidad, corresponden únicamente al resumen del proceso de cámara de compensación de esa entidad financiera a esa fecha. **No responde en absoluto** a un documento de respaldo **que acredite la entrega de un cheque ajeno para su pago a través de cámara de compensación** por cuenta del tenedor del mismo. Respecto a la afirmación que las planillas se constituyen en confirmación de abono y que acreditan el pago del cheque consideramos que la misma **es falsa** ya que la confirmación de abono y pago de cheque a favor del beneficiario del cheque, **se constituye en la nota de crédito y el abono en la cuenta del beneficiario, documentación que el banco se negó a proporcionar a la empresa SERPREC Ltda. en su condición de titular del cheque 'intransferible N° 05079-9.** De manera posterior, el Banco Económico S.A. remitió a la autoridad

judicial competente copia de la papeleta 'Depósito en Cheques de Otros Bancos en Bolivianos' N° 205813, misma que registra que el depósito de esta papeleta se realizó a nombre de Jaime Enrique Quiroga Angulo para abono en su cuenta en UFV N° 3054-091223 **no así a nombre de la empresa SERPREC Ltda.**

**5)** SERPREC Ltda. a través del Cite. SERPREC 113/08 de fecha 1 de julio de 2008, solicitó al Banco Económico S.A. fotocopia de la documentación de respaldo presentada a esa institución para el cobro del cheque N° 05079-9. Al respecto el Banco Económico S.A. a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregado en fecha 25 de julio de 2008, remitió como respaldo del pago del cheque una copia legalizada de la carta Cite Jeqa-953/04 e informó que los instructivos de poder N° 369/03, 146/04 y el contrato de asociación accidental pueden ser obtenidos por SERPREC Ltda. de las notarías que protocolizaron dichos documentos.

**Observación:** Respecto a la carta Cite Jeqa-953/04 de fecha 24 de septiembre de 2004, corresponde a una instrucción del Sr. Jaime Enrique Quiroga a emitir un cheque de gerencia por Bs. 1.593.153,60 con cargo a los fondos del cheque N° 0507-9 por Bs. 7.478.092,24. Sin embargo:

- La mencionada nota no menciona que Jaime Enrique Quiroga adjunta algún instructivo de poder y un contrato de sociedad accidental.

- La instrucción que se realiza en la mencionada nota únicamente corresponde a la emisión de un cheque de gerencia por Bs. 1.593.153,60 con cargo a un cheque N° '0507-9(sic)'. No corresponde a una instrucción de pago por el 100% del valor del cheque N° 05079-9.

**6)** Si bien el Reglamento del SARC establece que las entidades financieras **tienen la obligación** de recibir y registrar y atender a los clientes y usuarios del sistema financiero nacional, la Empresa SERPREC Ltda. a través del Cite: SERPREC 105/08 de fecha 13 de junio de 2008, dirigida al Gerente General Ing. Justo Yépez Kakuda, denunció que el motivo principal para realizar la entrega de esa nota por intermedio de un Notario de Fe Pública, **corresponde a una injustificada intimidación que fue objeto la Secretaría de Gerencia de SERPREC Ltda. por funcionarios del Banco Económico S.A. de la Sucursal Cochabamba**, al momento de entrega el Cite: SERPREC 101/08 en fecha 28 de mayo de 2008, quienes **se habrían negado a recibir y proporcionar el número de trámite en la sección del SARC.**

**Observación:** Esta denuncia '**nunca**' fue objeto de aclaración alguna por parte del Banco Económico S.A. y mucho menos presentó las disculpas que corresponde a una denuncia.

Como se puede observar el Banco Económico S.A. emitió respuestas de manera inoportuna, se negó a recibir los reclamos logrando intimidar a personal de la empresa SERPREC Ltda., luego pretendió confundir al solicitante respondiendo de manera incongruente con documentos que no correspondían. Por tal motivo se tuvo que solicitar la información y documentación por la vía judicial y aún así

emitió respuestas incongruentes e inexactas. Entonces es evidente que en el marco del procedimiento del SARC el Banco Económico S.A. no dio cumplimiento a ninguno de los preceptos establecidos en el Artículo 3° de la Sección 2 Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC), del Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

**Resuelve 3:** En lo concerniente a este resuelve de la Resolución ASFI N° 266/2009, hacemos notar que dispone: 'CONFIRMAR PARCIALMENTE el numeral 2 de la resolutive de la Resolución ASFI N° 074/09 de fecha 30 de julio de 2009, disponiendo la amonestación al Banco Económico S.A. en la persona de su representante legal señor Justo YopezKakuda, por el incumplimiento al cargo 4 notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14164/2009, de fecha 30 de junio 2009'. El cargo mencionado se refiere al incumplimiento del Art. 86 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, texto modificado por la Ley 2297.

Como puede observarse una vez más existe una notable incongruencia en la citada resolución puesto que al sancionar al Banco Económico S.A. por infracción al Art. 86 de la Ley de Bancos que se refiere al Secreto Bancario, entonces queda por demás comprobado que el Banco Económico S.A. **no dio información íntegra** al escudarse en el secreto bancario, por lo tanto es evidente que infringió además el Artículo 3 de la Sección 2 Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC) del Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. En este sentido la disposición del citado resuelve, comprueba el incumplimiento del Banco Económico S.A. al Reglamento del SARC y por consiguiente se insiste en la revocatoria del resuelve 2 de la Resolución ASFI N° 266/2009 debiendo el superior Jerárquico resolver el presente recurso jerárquico imponiendo la sanción correspondiente al Gerente General por las infracciones a dicha norma regulatoria.

**Resuelve 4:** Este resuelve de la Resolución ASFI N° 266/2009 dispone: 'INSTRUIR una previsión al Banco Económico a efecto de atender la potencial contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante (SERPREC) del 33.33% del importe del cheque N° 05079-9 en caso de que la SENTENCIA en primera instancia declare probada la demanda de SERPREC, el 66% del importe del cheque, si el Auto de Vista o RESOLUCIÓN de segunda instancia confirma total o parcialmente la Sentencia de primera instancia y el 100% del importe del cheque si el Auto Supremo es desfavorable al Banco Económico S.A., o si en cualquiera de las instancias se ejecutoría la resolución que declare Probada la demanda de SERPREC, siendo obligación de la entidad de intermediación financiera (Banco Económico S.A.) remitir a la ASFI en 5 días hábiles administrativos los comprobantes contables en caso de que las determinaciones judiciales que resuelvan los derechos del reclamante(SERPREC) sean contrarias a la entidad financiera'.

Como prueba de las falsas interpretaciones que realiza la ASFI para fundamentar esta modalidad de previsión, el considerando 8 de la Resolución ASFI 266/2009, se sustenta en el Título V Capítulo I Sección 3 Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo el contenido de la mencionada norma no menciona en absoluto las afirmaciones de la ASFI. A continuación desarrollamos el contenido de dicha norma de manera textual:

*'TITULO V  
CAPITULO I  
SECCION 3: TIPOS DE CRÉDITO*

*Artículo 1º.- Definición de tipos de crédito.-Sin perjuicio de que las EIFs definan subcategorías más detalladas, para efectos de información, la EIFs deberán enmarcar a sus clientes en los siguientes tipos:*

- 1. Créditos individuales: créditos que, por su naturaleza, deben ser evaluados sobre la base de características propias de cada deudor utilizando sus metodologías, mismas que deberán capturar la esencia de este tipo de créditos.*
- 2. Créditos masivos: créditos que, por su naturaleza, pueden ser evaluados en forma grupal utilizando metodologías que agrupen deudores con características relevantes similares desde el punto de vista del riesgo. Cada EIF podrá definir tipos de crédito con mayor detalle, siempre que la política de gestión de riesgo de crédito y las metodologías utilizadas así lo requieran'.*

*Ante la falta de sustento técnico y jurídico en la Resolución ASFI N° 266/2009, mediante memorial en fecha 6 de octubre de los corrientes se pidió entre otros aspectos que se complementará dicha resolución en lo concerniente a la previsión indicando el sustento técnico y jurídico de la división hecha y enmendar el momento en el que deben ser hechas las previsiones, sin embargo mediante Resolución ASFI N° 326/2009 la ASFI dispuso en su resuelve 3 'Rechazar la solicitud de complementación de la ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, respecto de sustento técnico y jurídico de las previsiones, porque esta se encuentra especificada en la parte considerativa de la señalada Resolución al igual que el momento en que deben realizarse las mismas'.*

*Estas determinaciones contenidas en las Resoluciones ASFI N° 266/2009 y ASFI N° 326/2009 son incongruentes y contradictorias por lo siguiente:*

- La ASFI no toma en cuenta el caso que si la primera y segunda instancia en el proceso judicial fueren favorables al Banco y el Auto Supremo no lo fuera, entonces el Banco nunca habría registrado la contingencia legal y se habría expuesto en los estados financieros contingencias, entonces se encontraría obligado a realizar el pago al demandante y los clientes de la entidad financiera inclusive los inversionistas de los bonos emitidos por el*

Banco nunca habrían conocido esta contingencia legal, al no estar contabilizada la misma en los estados financieros.

- Constituir una previsión del 33.33% cuando se dicte el Auto Supremo es absurdo, ya que en ese momento el Banco únicamente debe cumplir el Auto Supremo y pagar al demandante, el constituir previsiones en ese momento es totalmente extemporáneo y absurdo.

La irresponsabilidad del Director de la ASFI no concluye ahí, en su Resolución ASFI 326/2009 en su considerando establece que la previsión gradual se justifica en estricta aplicación de la analogía jurídica respecto al régimen de previsiones **para cartera** y que por criterio de prudencia solo procede al 100% de la previsión, cuando existe un juicio concluido en todas sus etapas y con calidad de cosa juzgada contra la entidad regulada. Esta justificación es completamente incongruente y adolece de sustento jurídico técnico por lo siguiente:

- No se puede comparar el concepto de una previsión de cartera con una previsión que corresponde a un proceso judicial iniciado contra la entidad financiera porque son completamente diferentes, la previsión de cartera corresponde a los importes que se estiman para cubrir riesgos de pérdidas por incobrabilidad de préstamos. La previsión de cartera se registra cuando el deudor no cuenta con un flujo de caja que le permita hacer frente a sus obligaciones crediticias, cuando el deudor no cumple con el plan de pagos e ingresa continuamente en mora y cuando las garantías otorgadas a favor de la entidad financiera son insuficientes, son de difícil realización y/o las mismas no se encuentran legalmente constituidas. Los parámetros de evaluación y calificación de la cartera de créditos se realiza según el tipo de crédito según lo establece el Reglamento específico determinado por la ASFI. Por las características o tipos de créditos, estos pueden ser provisionados en su integridad al 100% cuando no existe una fuente alternativa de recupero de manera independiente al proceso judicial y/o antigüedad del mismo. (Estas previsiones se registran en unas cuentas reguladoras de ACTIVOS Grupo 139 del Manual de Cuentas de la ASFI).
- La previsión para cubrir posibles pérdidas originadas por juicios en contra de la entidad, se registran en el Grupo 250 PASIVO (del Manual de Cuentas de la ASFI). Estas previsiones deben ser registradas de acuerdo a la estimación de riesgo de la misma. Este procedimiento es habitual por parte de la ASFI durante las inspecciones a las diferentes entidades de intermediación financiera.

Es importante también precisar que de ninguna manera la instrucción de provisionar constituye un prejuzgamiento, puesto que tal medida es dispuesta sobre una base objetiva, cierta y claramente determinada por la misma ASFI la cual en ningún momento fue desvirtuada por el Banco Económico S.A. la cual es el incumplimiento por parte del Banco Económico S.A. de los Artículos 603 y

626 del Código de Comercio y los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución N° 081/2001 en el pago del cheque 'intransferible' N° 05079-9 girado a la orden de DERPREC(sic) Ltda., siendo que como efecto de ello se podrá determinar el resarcimiento correspondiente, el Banco debe provisionar al menos el 100% del monto del cheque señalado para el caso que se dispusiera el pago de dicho resarcimiento.

En sujeción a lo señalado queda comprobado una vez más que la Resolución ASFI N° 266/2009 carece de sustento jurídico y legal e inclusive técnico, quedando expuesta su manifiesta parcialización a favor del Banco Económico S.A.

Como se puede apreciar, la determinación de suspender la previsión, luego instruir que la misma se realice porcentualmente de acuerdo a la situación legal del proceso iniciado por SERPREC en contra del banco por mal pago, **sin considerar siquiera el resultado final del proceso administrativo** y posteriormente compararlo con el esquema de provisiones para cartera de créditos, es totalmente ilegal y fuera de contexto técnico que debe ser evaluado por su autoridad.

**III. OMISIONES DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 266/2009:** No obstante de las aberraciones e incongruencias de los resuelve de la Resolución ASFI N° 266/2009, la ASFI incurrió en omisiones de manera deliberada sin ningún sustento jurídico ni legal, puesto que como lo indicamos en los antecedentes, en nuestro recurso de revocatoria solicitamos entre otros puntos lo siguiente:

'La imposición de la sanción que corresponda contra los señores Felipe Aliaga M. y Jimena Prado C. en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones a las siguientes disposiciones: Artículo 1° inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 (inc. a, sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y además en su caso, disponga la remisión del Informe de Auditoría Interna más la documentación adjunta al Ministerio Público para que promueva la acción penal que corresponda'.

La Resolución ASFI N° 266/2009 solo se refiere a tal petición como un antecedente al mencionar a nuestro recurso de revocatoria y para nada aborda el tema para desvirtuar la petición por consiguiente no hace ningún tipo de consideraciones jurídicas ni legales sobre este extremo y tampoco emite disposición alguna en su parte resolutive sobre el tema.

Ante semejante omisión, solicitamos en fecha 6 de octubre mediante memorial la complementación y enmienda de dicha resolución pidiendo entre otros aspectos que se complemente la Resolución ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de

2009 incluyendo la sanción contra los señores Felipe Aliaga M. Y Jimena Prado C. en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones a las siguientes disposiciones: Artículo 1º inc b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 (inc. a, sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

La ASFI mediante Resolución ASFI N° 326 de fecha 13 de octubre de 2009 responde a nuestra solicitud de complementación y enmienda indicando en uno de sus considerandos sobre este particular que '...corresponde aclarar que este aspecto no fue inicialmente reclamado por SERPREC LTDA., sino que fue en el Recurso de Revocatoria planteado en fecha 28 de agosto de 2009, el momento en el que se realizó la petición de sanción', y en su parte resolutive rechaza nuestra petición de complementación indicando que no corresponde iniciar en esta instancia un proceso sancionatorio por esta causa en contra de los citados auditores.

Al respecto puede advertirse una vez más la parcialidad de la ASFI toda vez que estos hechos fueron puestos en conocimiento de la ASFI al momento de la denuncia presentada a la entonces SBEF actual ASFI tal como consta en el Informe de Auditoría que se adjunto a la denuncia, además las irregularidades en las que incurrieron los auditores se encuentran estrechamente ligadas a las infracciones por parte del Banco del reglamento del SARC al no haber proporcionado la información solicitada en forma oportuna, íntegra y comprensible. De acuerdo al Art. 65 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, que concuerda con el Artículo 81 de la ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, es obligación de la ASFI investigar la comisión de infracciones e identificar a las personas individuales o colectivas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación de procedimiento. Asimismo, la ASFI cuenta con un reglamento específico para auditores internos, donde entre otros establece la independencia de criterio y su responsabilidad de informar oportunamente las irregularidades que el Banco habría cometido, sin embargo de manera premeditada la ASFI no toma en cuenta su propio reglamento. Es en este sentido que en nuestro recurso de revocatoria hicimos notar esta omisión y ni siquiera fue considerado en la Resolución que resuelve el recurso sino a través de la Resolución de complementación y enmienda ASFI N° 326/2009 y sin esgrimir ningún argumento jurídico ni legal.

Es inconcebible la respuesta que emite la ASFI al indicar que no ha sido reclamado por SERPREC Ltda., puesto que inclusive en el supuesto que así hubiere sido, es obligación de la ASFI investigar la comisión de infracciones e identificar a los responsables, más aún si tales infracciones son evidentes y se encuentran debidamente demostradas por la documentación que se adjuntó a nuestra denuncia. Con tal respuesta la ASFI pretende desconocer su obligación fundamental, pues la ASFI no sólo NO cumple con el mandato de la Ley de sancionar el incumplimiento de disposiciones legales a las entidades y personas

bajo su control, sino que deja sin protección jurídica al usuario del sistema financiero y al perjudicado de los incumplimientos de la entidad Bancaria y sus funcionarios, generando con ello una inseguridad jurídica por no cumplir su obligación de precautelar el orden financiero y mantener un sistema financiero sólido, confiable y competitivo así como sano y eficiente tal como lo ordenan los Artículo 2, 99, 102, 153 y 154 (num. 3 y 10) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. La omisión de la ASFI de sancionar a los auditores vulnera y lesiona los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC Ltda., toda vez que los informes y apreciaciones de tales supuestos profesionales auditores han sido claramente dirigidas a confundir, ocultar y tergiversar la verdad sobre los hechos concernientes a nuestro reclamo al Banco, en el afán mezquino y para nada objetivo de dichos auditores incurrieron en una serie de contradicciones evidentes que se encuentran debidamente detalladas en el Informe de Auditoría adjunto a nuestra denuncia así como señaladas en nuestro recurso de revocatoria. Por consiguiente, corresponderá a la autoridad jerárquica resolver disponiendo se proceda a la sanción contra los señores Felipe Aliaga M. y Jimena Prado C. en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones a las disposiciones: Artículo 1º inc. b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 (inc. a, sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en virtud a los hechos desarrollados en el informe de Auditoría adjunto a nuestra denuncia que fueron replicadas en nuestro recurso de Revocatoria.

#### **IV PETITORIO**

En mérito a todo lo expuesto, siendo por demás evidente la violación y vulneración de los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC Ltda. por las disposiciones y omisiones de las Resoluciones ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009, y ASFI N° 326/2009 de fecha 13 de octubre de 2009, en virtud a todos los fundamentos jurídicos y legales expuestos, dentro el plazo previsto por el Artículo 53 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra las siguientes resoluciones emitidas por el Lic. Ernesto Rivero, Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero: Resolución ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009, y su Resolución de complementación y enmienda ASFI N° 326/2009 de fecha 13 de octubre de 2009, pidiendo se cumpla con lo dispuesto en el Artículo 55 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y que el Superior Jerárquico una vez admitido el presente recurso lo resuelva revocando parcialmente las citadas Resoluciones disponiendo:

1. Que el Banco Económico S.A. ha infringido el Artículo 603 y 626 del Código de Comercio y los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución N° 081/2001 en el pago del cheque 'intransferible' N° 05079-9 girado a la orden de DERPREC(sic) Ltda.
2. Revocar el resuelve 1 de la Resolución ASFI N° 266/2009 de fecha 25 de septiembre de 2009 disponiendo:



- a. Una sanción de multa del 3% sobre el capital mínimo del Banco Económico S.A. por las infracciones del Artículo 603 y 626 del Código de Comercio y los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución N° 081/2001 en el pago del cheque 'intransferible' N° 05079-9 girado a la orden de DERPREC(sic) Ltda.
  - b. La sanción que corresponda por el incumplimiento de la aplicación obligatoria establecida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras del Esquema Contable N° 1 relacionada a Documentos de Cobro Inmediato, considerando que conforme a lo establecido por el Informe AIN-051/09 los registros efectuados por la Entidad por el cobro vía Cámara de Compensación del cheque intransferible N° 05079-9 del Banco de Crédito girado por la H. Alcaldía de Cochabamba, no se ajustan al esquema contable.
3. Revocar el Resuelve 2 de la Resolución ASFI N° 326/2009 de fecha 13 de octubre de 2009 disponiendo que se imponga la sanción que corresponda contra los señores Felipe Aliaga M. y Jimena Prado C. en sus condiciones de auditores internos del Banco Económico S.A. por infracciones a las siguientes disposiciones: Artículo 1° inciso b) de la Sección 5, Artículos 6, 7 (inc. a, sub inciso i, e inciso j de la Sección 6 y Artículo 2 de la Sección 8 todos ellos del Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
  4. Revocar el resuelve 2 de la Resolución ASFI N° 266/2009 y disponer la imposición de sanción que corresponda contra el Gerente General del Banco Económico S.A., señor Justo YopezKakuda por infracción al Artículo 3° de la Sección 2 Funcionamiento del Servicio de Atención de Reclamos de Clientes (SARC), del Capítulo II Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
  5. Confirmar la amonestación al Banco Económico S.A. dispuesta en el resuelve 3 de la Resolución ASFI N° 266/2009.
  6. Revocar el resuelve 4 de la Resolución ASFI N° 266/2009 disponiendo que el Banco Económico S.A. realice la previsión del 100% del importe del cheque intransferible N° 05079-9 girado a la orden de SERPREC Ltda.
  7. Revocar el Resuelve 5 de la Resolución ASFI N° 266/2009
  8. Confirmar los resuelve 6 y 7 de la Resolución ASFI N° 266/2009 ...”

## **7. FORMULACIÓN DE CRITERIOS DE TERCERO INTERESADO.-**

Mediante memorial presentado el 23 de diciembre de 2009 Jaime Enrique Quiroga Angulo, en su calidad de tercer legítimo interesado, se apersona y formula criterios y fundamentos dentro de los Recursos Jerárquicos interpuestos por el Banco Económico S.A. y la Empresa SERPREC Ltda. contra la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009, en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

### **“ I. ANTECEDENTES.**

He sido notificado en fecha 12 de diciembre del año en curso, con su Resolución de fecha 10 de diciembre del año 2009, mediante la cual determina en su punto primero que se me proceda a notificar en mi calidad de tercer interesado para que me apersono y formule mis criterios y fundamentos con los mismos derechos de los recurrentes, dentro de este procedimiento administrativo, que se encuentra en la instancia de Recurso Jerárquico, siendo la primera vez que se me notifica, a los efectos de que haga valer mis derechos como tercer interesado, en el marco de la Ley N° 2341, 'Ley de Procedimientos Administrativos', que determina:

**Artículo 12°.- (Terceros interesados).** Cuando de los antecedentes de una actuación administrativa se estableciera, que además de las personas comparecidas, otras pudiesen tener un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado, se les notificará con las actuaciones para su participación en el proceso, sin que proceda retrotraer el procedimiento.

**Artículo 60°.- (Terceros afectados).** Si con la impugnación de una resolución se afectasen derechos subjetivos o intereses legítimos de terceras personas, individuales o colectivas, la autoridad administrativa deberá hacerles conocer la correspondiente impugnación, mediante notificación personal o por edictos a efectos de que los afectados se apersonen y presenten sus alegatos en el plazo de diez (10) días.

Y que su autoridad, en estricto apego a la normativa legal anteriormente detallada, ha regularizado este procedimiento, instruyendo que se me notifique como tercer interesado.

## **II. EXPOSICIÓN Y FUNDAMENTACIÓN COMO TERCERO INTERESADO EN LO ATINENTE A LOS HECHOS QUE HACEN A ESTE CASO.**

El Banco Económico S.A. presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero N° 266/2009, con el fundamento de que una vez declarado prescrito el reclamo de la empresa SERPREC Ltda., por la autoridad administrativa (ASFI), este Ente Regulador debió ordenar el archivo de obrados del trámite N° T-464142 en vez de instruir provisiones.

Dentro este mismo procedimiento administrativo, la empresa SERPREC Ltda. también formulo Recurso Jerárquico contra la misma Resolución (N° 266/2009) arguyendo que su Gerente General, Ing. Mayori argumenta que no habría tenido conocimiento del cobro del cheque N° 05079-9, cobro realizado en fecha 24 de septiembre del año 2004 por mi persona. Esta última afirmación del Ing. Mayori es totalmente falsa y me deja perplejo y por respeto a la primacía de la realidad y verdad material previsto en la nueva Constitución Política del Estado, ante semejante mentira me encuentro obligado a exponer los siguientes fundamentos de hecho y derecho.

## **2.1 ESTADO DE CUENTAS INSERTO EN LAUDO ARBITRAL**

En el proceso Arbitral seguido en la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba entre mi persona Jaime Enrique Quiroga Angulo y la empresa SERPREC Ltda. representada por el Ing. Mayori se ARBITRO sobre el importe de la factura N° 0196 que originó el cheque N° 05079-9 motivo de este proceso administrativo, y otros relativos al manejo económico financiero de SERPREC Ltda. en el marco del Contrato de la Asociación Accidental suscrito por ambas partes para la Construcción de los Distribuidores Muyurina y Recoleta de la ciudad de Cochabamba, proceso Arbitral que culminó con el Laudo N° 001/06 de 12 de enero de 2006, el mismo que muestra el Estado de cuentas de la Asociación Accidental, en el que se VERIFICA como ingreso las letras de cambio y la factura N° 196 cuyo valor es igual al valor del cheque N° 05079-9 (prueba que se encuentra en la página 32 de las 36 páginas que comprende el Laudo Arbitral).

## **2.2 LETRAS DE CAMBIO QUE ORIGINARON LA ENTREGA, COBRO Y CORRECTO PAGO DEL CHEQUE.**

Mi persona, por cuenta de la empresa SERPREC Ltda., en mérito a los poderes notariales que me fueron otorgados por el Gerente General de la misma, Ing. Mayori, suscribió con el Municipio de Cochabamba el Acta de Conciliación y Pago de Deuda en fecha 23 de septiembre del año 2004 en la que consta que se procedió con el descuento de seis Letras de Cambio Nos. 61728, 61729, 61730, 61731, 61732 y 61733, las mismas que fueron endosadas a favor de mi persona por un valor descontado de \$us. 934.761,53 equivalentes a Bs. 7.478.052,24, monto del cheque N° 05079-9 de acuerdo al Acta de Conciliación pertinente.

## **2.3 FECHA DE COBRO DEL CHEQUE**

Al día siguiente de la Conciliación de cuentas con la H. Alcaldía de Cochabamba, es decir **el 24 de septiembre de 2004** se entregó la factura N° 196 a favor de Alcaldía Municipal de Cochabamba por Bs. 7.478.092,24 y ese mismo día mi persona, Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, en calidad de apoderado de SERPREC Ltda., en mérito de los instrumentos de Poder Notariales Nos. 369/2003 y 146/2004 y las facultades incursas en el contrato de Asociación Accidental de 30 de septiembre de 2003, recogió y **cobró** el cheque intransferible N° 05079-9 en las oficinas del Banco Económico – Sucursal Cochabamba.

#### **2.4 RECLAMO EXTEMPORÁNEO DEL GERENTE DE SERPREC**

Subrayo y remarco en negrillas la fecha de cobro del cheque, por cuanto recién el 20 de abril de 2009, según se evidencia en la Resolución recurrida, después de haber transcurrido aproximadamente cuatro años desde que mi persona como apoderado de SERPREC Ltda. cobró el aludido cheque, el Ing. Mayori en representación –abusiva y maliciosa- de SERPREC Ltda. sentó denuncia ante la ASFI por supuesta falta de personería para el cobro del citado CHEQUE.

La empresa SERPREC Ltda. a través de su gerente Ing. Mayori conocía de mis actuaciones como apoderado, y por supuesto, conoció la cobranza del cheque N° 05079-9, siendo totalmente malicioso, fraudulento y de mala fe pretender desconocer mis actuaciones y los poderes que me han sido conferidos.

Es evidente que el Ing. Mayori tratando de desconocer los poderes otorgados, las conciliaciones de cuentas, las facturas emitidas y el procedimiento Arbitral ya mencionado, tratando con su conducta de sonsacar un doble pago, al Banco Económico que puede resultar perjudicial a mis legítimos derechos, al margen de que el reclamo de Mayori es tardío, extemporáneo y sugestivo.

El reclamo realizo(sic) por el Ing. Mayori ante la ASFI se encuentra prescrito en aplicación del artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que estatuye que las infracciones prescribirán en el término de 2 (dos) años.

#### **2.5 PRETENSIÓN DOLOSA Y MALICIOSA DEL GERENTE DE SERPREC LTDA.**

Luego de lo detallado anteriormente resulta indiscutible que el reclamo de SERPREC Ltda. no tiene ningún asidero legal ya que mi actuación como apoderado de SERPREC Ltda.. no ha violado norma alguna.

Es importante aclarar que SERPREC Ltda. no puede sostener que el cobro del cheque N° 05079-9 fue realizado por una persona no autorizada ya que los respaldos legales y poderes otorgados a mi persona demuestran todo lo contrario.

#### **2.6 ABUSO DE LA ACTUAL GERENCIA DE SERPREC.**

La conducta dolosa del Sr. Mayori, no se agota en este trámite, ya que su accionar doloso se entiende a que trato de responsabilizar penalmente al Oficial Mayor Financiero de la Honorable Municipalidad de Cochabamba, en esa época el Sr. Héctor Tito Orellana Núñez imputándole falsamente de los delitos de Malversación, Cohecho Pasivo Propio, Uso de Influencias, Beneficios en Razón

del Cargo, Negociaciones Incompatibles en el Ejercicio de Funciones Públicas y Concusión, investigación penal en la que se me involucró como cómplice y que ha sido rechazada por el Ministerio Público por no tener asidero legal.

Asimismo ha pretendido enjuiciarme penalmente por el supuesto uso de instrumento falsificado tratando de argumentar que los poderes que me fueron otorgados y con los que he actuado habrían sido falsificados por mi persona y la Notaria de Fe Pública que lo extendió, Dra. María del Carmen Montaña del Granado, habiendo aperturado dos procedimientos uno disciplinario ante la Dirección de Régimen Disciplinario del Consejo de la Judicatura y otro ante el Ministerio Público habiendo sido rechazados ambos procesos.

Adicionalmente como corolario y prueba de la conducta maliciosa y dolosa del Ing. Mayori se tiene la Sentencia Condenatoria de reclusión de 4 años y 6 meses impuesta en Juicio Penal Público por el Juez segundo de Sentencia de Cochabamba por la comisión del delito de Estafa en contra los socios de SERPREC Ltda. que son Janneth Pastora Camberos vda. de Barroso e hijos quienes son los herederos del fallecido socio de SERPREC Ltda., Ing. Edgar Fortunato Barroso Daza.

### **III. DE LAS CONSIDERACIONES LEGALES, EN LO ATINENTE A LO QUE PRETENDE EL ING. MAYORI EN ESTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VIOLAR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CON SU RECLAMO ADMINISTRATIVO ILEGAL.**

El Código Civil detalla:

**Artículo 1279°.- (PRINCIPIO).** Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico –social de esos derechos y deberes.

Mi persona ejerció el derecho (que nace de la sociedad accidental), y por ende cumplí con mis deberes (apoderado legal), independientemente de que todas las letras me fueron endosadas al momento de la suscripción del documento de sociedad accidental.

Todo mi ejercicio de estas actuaciones se encontró enmarcada en la **buena fe**, que ha sido desarrollada y definitiva por el R. Tribunal Constitucional en su jurisprudencia constitucional vinculante (Sentencia Constitucional N° 003/2007 de fecha 17 de enero del 2007), cuando detalla:

### **III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO.**

#### **III.4.1. El principio de buena fe.**

La buena fe o bona FIDES, informa de inicio la conducta del ser humano, considerando que todos sus actos se desenvuelven siempre con honestidad, lealtad, transparencia, respetando los derechos ajenos y sin abusar de los propios, constituyéndose así en un principio general del derecho que debe ser observado tanto en su creación, integración e interpretación, ya que se encuentra presente en la totalidad del ordenamiento jurídico. La buena fe representa un conjunto de valores ético-sociales que enseñan a cada individuo a comportarse de manera ejemplar, sin dolo ni engaño, para generar así un clima de confianza mutua en las relaciones recíprocas, lo que recogido por el ordenamiento jurídico se constituye en criterio informador para el nacimiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas, las que deben conducirse siempre y en todo momento, según el principio de la buena fe, pues todos tienen el deber de proceder con lealtad y por lo mismo esperar que los demás actúen de la misma forma, condiciones que son necesarias para asegurar la paz social o y la seguridad jurídica.

De otro lado se tiene que la buena fe siempre se presume, mientras que la mala fe debe ser demostrada, constituyéndose aquella –como ya se dijo en un supuesto necesario para el buen desenvolvimiento de las relaciones entre los particulares y de éstos con el Estado, por lo que es igualmente aplicable a la esfera del Derecho Público como a la del Derecho Privado; tiene por objeto generar un clima de confianza legítima entre los miembros de la sociedad, indispensable para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, cuyos actos, en tanto no se demuestre lo contrario, no pueden ser calificados como ilícitos, indebidos o injustos, pues se supone, como regla general, que las personas obran siempre con honestidad, lealtad y transparencia, en tanto no se demuestre lo contrario.

Si bien el principio de buena fe carece de consagración normativa expresa en nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, donde su Carta Política de 1991, en su art. 83 señala: ‘Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas’. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-460 de 1992 ha expresado lo siguiente:

‘El principio de la buena fe se erige en arco total de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán participar de supuestos que lo desconozcan. En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada’.

Corresponde señalar que la buena fe, en cuanto principio fundamental, halla vigencia permanente en todo Estado Democrático de Derecho, por lo que no siempre requiere de consagración normativa expresa; no obstante, podemos aplicarlo acudiendo a la cláusula abierta establecida en el art. 35 de la CPE. Asimismo, en el ordenamiento jurídico infraconstitucional boliviano, la buena fe se encuentra positivizada en varias disposiciones legales, regulando importantes institutos, como derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), contratos, sucesiones y otros, en el Código Civil y el Código de Comercio, para hacer referencia al derecho Privado; en el Código de Procedimiento Civil, Código de Familia y otros para citar algunas en el Derecho Público, donde especial mención merece la Ley de Procedimiento Administrativo, que entre uno de los principios generales de la actividad administrativa destaca al principio de buena fe, señalando en su art. 4 inc e) lo siguiente: 'En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo'.

En definitiva, el principio de buena fe impregna todo el ordenamiento jurídico del Estado en cuanto a las relaciones que regula, del que en modo alguno pueden sustraerse las normas, así no exista una disposición legal expresa, por lo que sin lugar a dudas la bona fides constituye un principio fundamental que informa e integra la totalidad del ordenamiento jurídico boliviano. Este mismo criterio –respecto a la importancia del principio en análisis- ya fue adoptado por este Tribunal, aunque enfocándolo desde la perspectiva del Derecho Público y dirigido al ámbito de la administración, es así que en la SC 0095/2001, de 21 de diciembre, se señaló:

'(...) un Estado Democrático de Derecho se organiza y rige por los principios fundamentales, entre ellos, el de seguridad jurídica, el de buena fe y la presunción de legitimidad del acto administrativo (...).'

'El principio de la buena fe es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas'.

Últimamente, respecto al principio de la buena fe, en la SC 0084/2006, de 20 de octubre, se ha desarrollado el siguiente entendimiento:

'(...) el principio de la buena fe es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y del servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la 'actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas'

Lo que en el presente caso no se dio, como hemos detallado y acreditado anteriormente, menos se ha dado cumplimiento a la siguiente ratio decidendi:

### **III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO.**

.....(sic)

Últimamente, respecto al principio de la buena fe, en la SC 0084/2006, de 20 de octubre, se ha desarrollado el siguiente entendimiento:

*'(...) el principio de la buena fe es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y del servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas'.*

*(Sentencia Constitucional N° 0003/2007 de 17 de enero del 2007)*

Esta buena fe, no la tiene el denunciante, no solo por su accionar, sino como el mismo ha pretendido consecuentemente, pretender demostrar que el cobro de estos dineros fue ilegal y malicioso, para, vía ello tratar de responsabilizar a terceros como lo hace en el presente caso con el Banco Económico S.A.

Es importante asimismo detallar, que este accionar (del representante legal de SERPREC Ltda.), viola mi seguridad jurídica, ya que por definición, la seguridad jurídica (en el sentido doctrinal) es un principio universalmente reconocido del Derecho que se entiende como certeza práctica del derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.



La palabra seguridad proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que, significa estar SEGUROS DE ALGO y libre de cuidados.

El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no solo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer 'seguridad jurídica' al ejercer su 'poder' político, jurídico y legislativo.

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

En resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, y conductos establecidos previamente.

Por ello la seguridad jurídica es el principio inspirador del debido proceso y es el hilo conductor de los principios del mismo.

La Seguridad jurídica implica entonces la existencia de reglas de juego sólidas, justas y bien hechas, asegura la previsibilidad respecto de los actos de las autoridades y de los jueces. La responsabilidad legal del Estado y sus funcionarios y la posibilidad de demandar daños y perjuicios por sus acciones y omisiones, garantizan el apego a la Ley.

La seguridad jurídica (normativamente), se encuentra contemplada en nuestra Constitución Política del Estado, en los siguientes artículos:

**ARTICULO 22°.-** La dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

**ARTICULO 23°.-**

I. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal

**ARTICULO 115°.-**

I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Por otra parte, la seguridad jurídica (jurisprudencialmente), se encuentra definida de la siguiente manera:

Mediante la Sentencia Constitucional N° 0462/2001-R de 17 de mayo del 2001 el R. Tribunal Constitucional determinó inicialmente:

**CONSIDERANDO:** ..... (sic)

**Que, de igual forma la Constitución ha prescrito el derecho a la seguridad jurídica como un derecho fundamental, entendiéndose aquél como exención de peligro o daño, certeza plena, firme convicción, de manera que cuando se trata de contratos, dicho derecho otorga a las partes la confianza de que dicho acto se cumplirá en la forma pactada y sólo será resuelta en los casos que prevé la Ley.**

Posteriormente esta posición jurisprudencial se amplió en fecha 9 de mayo del 2003 mediante Sentencia Constitucional N° 0638/2003-R, que determina:

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO.**

**III.1. Que este Tribunal a partir del AC 287/99-R de 28 de octubre de 1999 ha**

**dejado establecido que la seguridad jurídica se traduce en la: 'condición para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que le integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio'. De igual forma refiriéndose a la disposición constitucional que la consagra ha reafirmado expresando que: '(...) el inc. a) del art. 7 de la Constitución Política del Estado consagra a la Seguridad como uno de los derechos fundamentales de las personas (entendida como exención de peligro o daño; solidez; certeza plena; firme convicción), de lo que se extrae que es deber del Estado proveer a la seguridad a los ciudadanos asegurando a todos, el que disfrute del ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que le reconocen la Constitución y las Leyes; principios que se hallan inspirados en un orden jurídico superior y estable (Estado de Derecho), que satisfaga los anhelos de una vida en paz, libre de abusos'**

**III.2. Que, la línea jurisprudencial citada ha reafirmado los principios fundamentales de legalidad y de la seguridad jurídica, lo que implica que los actos y decisiones de las autoridades y funcionarios públicos se rigen bajo el imperio de la Ley que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernado; de manera que ninguna autoridad o funcionario público podrá adoptar decisión alguna apartándose de las normas legales que regulan sus funciones así como del asunto o materia puesto a su conocimiento; pues de hacerlo estaría desconociendo el orden jurídico vigente viciando de nulidad sus actos y decisiones.**

Una visión más amplia encontramos en la Sentencia Constitucional N° 0324/2004-R de 10 de marzo de 2004 que establece:

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO.

.....(sic)

Este Tribunal en la SC 382/2001-R, de 26 de abril, ha señalado que:

*'Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación; sin embargo la equidistancia entre los particulares se quebranta cuando algunos de ellos, por diversas causas, detentan una situación de superioridad o ventaja frente a los otros, que entonces pueden encontrarse en un estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, la Constitución, como es lógico, protege a los particulares que resultan víctimas de los que vulneren sus derechos fundamentales. La idea que inspira la protección no es otra que el control al abuso del poder, entendido dicho poder no solamente como patrimonio de las autoridades públicas, sino que se extiende a los particulares que lo ejercen de manera arbitraria por diferentes razones y en determinadas circunstancias como las expuestas'.*

..... (sic)

Al margen de la vulneración del derecho a la dignidad, los recurridos han infringido el derecho a la seguridad jurídica prevista en el art. 7 inc. a) constitucional que ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como la 'exención de peligro o daño, certeza plena, firme convicción, de manera que cuando se trata de contratos, dicho derecho otorga a las partes la confianza de que dicho acto se cumplirá en la forma pactada y sólo será resuelta en los casos que prevé la Ley' (SC 0462/2001-R).

Los conceptos anteriores se han mantenido y repetido en las Sentencias Constitucionales Nos. 1580/2005-R de 7 de diciembre de 2.005 y 717/2004-R de 11 de mayo del 2.004, y otras más.

Finalmente, el R. Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional N° 1492/2005-R de 8 de noviembre de 2.005, en lo atinente a la seguridad jurídica detalla:

#### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

**III.1. Previamente a ingresar al análisis de la problemática planteada, conviene precisar el alcance de los derechos que invoca el recurrente como vulnerados a tiempo de interponer su recurso, al respecto cabe puntualizar con relación al derecho a la seguridad jurídica entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como: '(...)la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio; traslado al ámbito judicial, implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene la persona frente a las decisiones judiciales, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la Resolución' (SC 340/2005-R, de 8 de abril).**

*De lo detallado y fundamentado anteriormente, se tiene que el Ing. Mayori, en representación de SERPREC Ltda., está actuando contra los principios de la 'buena fe', pero además está violando mi seguridad jurídica, al pretender desconocer los documentos legales que me otorgó y suscribió, pretendiendo hoy, hacer valer unilateralmente su nulidad a los efectos de generar una supuesta responsabilidad del Banco Económico S.A., a los efectos de beneficiarse personalmente (ya que empresarialmente el mismo es un estafador de sus propios socios), situación que debe ser tomada en cuenta por este Tribunal Administrativo.*

#### **IV. DE MI SOLICITUD Y PETITORIO**

*Por todo lo expuesto, detallado y fundamentado legal y jurisprudencialmente, en estricta sujeción a lo que determina la Constitución Política del Estado, la 'Ley de Procedimientos Administrativos, la jurisprudencia constitucional vinculante, **impugno** el Recuso Jerárquico formulado por Magno Guillermo MayoriMachicao, actual Gerente de SERPREC Ltda., dejando expresa constancia de su malicia y temeridad en el presente procedimiento administrativo, y en estricta aplicación del procedimiento administrativo **PIDO** se CONFIRME la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2005 y se proceda al archivo de obrados, con imposición de costas, multas y declaratoria de temeridad del recurrente y denunciante SERPREC Ltda., además de la remisión de los antecedentes al Ministerio Público, a los efectos de su procesamiento penal por extorsión y chantaje..."*

#### **8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-**

El 2 y 17 de diciembre de 2009 y 21 de enero de 2010, cumpliendo lo establecido en el artículo 58 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 y atendiendo las solicitudes de los recurrentes y tercero interesado, se llevaron a cabo las Audiencias de Exposición Oral de Fundamentos, tanto del BANCO ECONÓMICO S.A., como de la Empresa SERPREC LTDA. y del Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo respectivamente, donde se ratificaron todos los argumentos contenidos en sus Recursos Jerárquicos y presentación de Alegatos como tercero interesado.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

## **1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

Compulsado el expediente administrativo, y en función a los hechos alegados por las partes, en los diferentes memoriales presentados de conocimiento de esta instancia jerárquica, se hace necesario la consideración de tres aspectos de importancia, cual son: a) Las infracciones, sanciones y prescripción; b) La previsión por riesgo legal; y c) Argumentos presentados por SERPREC LTDA. y no considerados por la ASFI.

### **1.1 Infracciones, sanción y prescripción.-**

En primer término corresponde revisar el instituto jurídico de la prescripción, que conforme define el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, es la Caducidad de los derechos en su eficacia procesal, por haber transcurrido los plazos legales para su posible ejercicio.

Por su parte el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, señala que la prescripción de acciones, es la caducidad de los derechos en cuanto a su eficacia procesal, por haber dejado transcurrir determinado tiempo sin ejercerlos o demandarlos.

Es así que, la prescripción permite al administrado la liberación de las consecuencias que acarrea las infracciones, cual es la imposición de la sanción. Esta liberación se da por efecto del transcurso del tiempo y claro está bajo las condiciones establecidas en Ley, cesando de esta manera el derecho de la Autoridad de Supervisión a imponer la sanción. Ahora bien, para que opere la prescripción debe analizarse el elemento subjetivo como es el ejercicio o inactividad del derecho por parte del administrado.

La prescripción, por constituir un medio de liberación de una obligación por el transcurso del tiempo fijado por la ley, sirve a la seguridad jurídica en cuanto determina la estabilidad de los derechos, y su fundamento no está dado por una simple presunción de que la infracción se ha extinguido, sino que es una institución de orden público, fundada en que al Estado, al orden jurídico, le interesa que los derechos adquieran estabilidad y certeza, así el artículo 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo determina: "**(Prescripción de Infracciones y Sanciones).**- Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...".

Entonces, la prescripción se configura por los siguientes elementos: i) el transcurso del tiempo y ii) la inactividad del interesado, sin embargo el recurrente (SERPREC LTDA.)

plantea un tercer elemento, cual es la razonable posibilidad de conocimiento del hecho dentro del plazo de la prescripción.

Los precedentes administrativos sentados por la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, establecen que en materia administrativa para efectos del cómputo de plazos, la prescripción se empieza a computar desde el "día siguiente de **producida la infracción...**"(SG SIREFI RJ 16/2006 de 23/03/2006), y sólo reconoce la interrupción de la misma por la actividad investigativa del caso desarrollada por la Autoridad Fiscalizadora o en su caso por la presentación de denuncia del afectado. Es así que no puede concebirse diferentes momentos de inicio del cómputo del plazo o dejarse a criterios subjetivos la posibilidad de interrupción y menos aún transcurrido el plazo de dos años establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

En el caso de autos y habida cuenta que la infracción que habría cometido el Banco Económico S.A. se originó el 24 de septiembre de 2004 y la Empresa SERPREC formuló denuncia ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras el 20 de abril de 2009, como consta de la carta SERPREC 071/2009 cursante a fs. 1584 del expediente administrativo, es decir 4 años y 7 meses después de haberse producido la infracción no queda duda de que, visto desde la óptica objetiva, el procedimiento intentado en sede administrativa habría prescrito por la inacción de SERPREC durante el término fijado por el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y no ha existido ninguna acción que permita su interrupción.

No obstante lo anterior, habrá que pronunciarse sobre la falta de conocimiento que alega SERPREC de que el cheque 05079-9 se habría pagado indebidamente y que además existieron hechos llevados a cabo a ocultas de la empresa que no le permitieron ejercer las acciones administrativas correspondientes, fundamentación por la que alega que la prescripción no se habría operado.

Al respecto se tiene:

1. En base a los precedentes administrativos, la prescripción en materia administrativa es objetiva, se comienza a computar a partir del día siguiente de producido el hecho, y en caso presente el hecho es fácilmente verificable por la fecha contenida en el anverso y reverso del cheque materia de la controversia y la documentación que cursa a fs.1.398 a 1.444. El conocimiento por su parte, al encontrarse en la esfera subjetiva no es considerado por cuanto no puede efectuarse una verificación del fuero interno de las personas.
2. La Empresa SERPREC alega que no corresponde a la instancia administrativa referirse a los poderes ni al contrato de Asociación Accidental suscrito entre dicha empresa y el Ing. Jaime Enrique Quiroga por cuanto esto debe ser dilucidado por ante autoridad jurisdiccional competente; aunque efectivamente es en la vía ordinaria civil donde se definirá si el cheque fue

pagado a persona autorizada y si además se lo hizo de manera correcta o incorrecta, no debe olvidarse que es en esta vía administrativa donde deberá definirse si ha caducado el derecho del órgano regulador para imponer las sanciones por infracciones a las normas regulatorias y conexas, toda vez que SERPREC LTDA. alega no haberse operado la prescripción por no haber tomado conocimiento del hecho, por ello se hace imprescindible acudir a la prueba cursante en el expediente a efecto de establecer si efectivamente conocía o no del hecho motivo del presente Recurso.

3. SERPREC LTDA. no puede alegar desconocimiento del hecho, habida cuenta que otorgó los siguientes poderes a favor de Jaime Enrique Quiroga Angulo: 245/2000 de 17 de julio de 2000; 223/2003 de 19 de mayo de 2003; 244/2003 de 6 de junio de 2003; 230/2003 de 26 de mayo de 2003; 369/2003 de 02 de septiembre de 2003; 82/2004 de 8 de marzo de 2004; 146/2004 de 15 de abril de 2004; 616/2004 de 05 de octubre de 2004; 304/2005 de 30 de marzo de 2005 (Revoca Poder 616/2004); 305/2005 de 30 de marzo de 2005 (Revoca Poder 369/2003); 379/2005 de 22 de abril de 2005; y 380/2005 de 22 de abril de 2005;. 10 poderes en total, 7 de los cuales estaban vigentes en el momento del cobro del cheque, ya que los otros 3 fueron otorgados de manera posterior al 24 de septiembre de 2004 (cuando se produjo el hecho), lo que demuestra de manera innegable que el Ing. Enrique Quiroga Angulo ya desde el año 2000 era apoderado de SERPREC LTDA. y que operó para el área financiera de esta empresa, no sólo en el contrato Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta sino también en una serie de contratos, como ser: con el Servicio de Caminos; con la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Mayor de San Simón, y con el Gobierno Municipal de La Paz en los proyectos Pasarelas de la ciudad de El Alto y Pavimento Rígido Paquete N° 3.

De los 10 poderes aportados al procedimiento por el Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, se verifica que posterior al cobro del cheque, la empresa SERPREC siguió otorgando poderes a favor del Ing. Quiroga en los que meridianamente se aprecia la mutua confianza que envolvía la relación de las partes, ya que SERPREC LTDA. otorga amplias facultades al socio accidental para que, como textualmente mencionan los poderes: "(...)efectúe todo tipo de operaciones, contratos y actos bancarios, pudiendo realizar contratos de cualquier naturaleza, anticipos, descuentos, préstamos de dinero o mutuo, préstamos, **apertura de carta de depósito a la vista y a plazo(...)** firmar todo tipo de documentos bancarios(...) **apersonarse ante la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba, a objeto de solicitar el pago de planillas de avance de obras por la construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta (...); Mas poder para cobrar dineros provenientes de la ejecución de esas obras, sea en efectivo o en cheque, depositar los valores o dineros en instituciones bancarias o de ahorro, efectuar depósitos a la vista o a plazo en cualquier entidad bancaria o financiera del país, suspender los depósitos(...) cobrar, aceptar, girar, endosar bajo cualquier modalidad y transferir sin restricción alguna los títulos valores de**

**propiedad de la Sociedad, ya sea a favor de personas naturales o colectivas, INCLUSIVE A FAVOR DEL PROPIO MANDATARIO(...)**

4. Más aún, el Poder 146/2004 de 15 de abril es determinante por cuanto, a través de él, SERPREC otorga a Jaime Enrique Quiroga Angulo la facultad del manejo integro de las letras de cambio emitidas por la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba (se las endosa) lo que significa que en ese momento habría transferido su derecho sobre dichos títulos valores a favor de su socio accidental, situación que tiene coherencia con la Minuta de Contrato de Licitación Pública N° 04/2003, cursante en el expediente, mediante la cual SERPREC LTDA. y Jaime Enrique Quiroga conforman la asociación accidental relacionada al Contrato de Obra suscrito entre la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba y SERPREC con financiamiento del contratista .

En dicho contrato de asociación accidental se observa que Jaime Enrique Quiroga ingresa en condición de financiador, al expresar textualmente: "...Cabe aclarar que el Contratista no cuenta con el flujo económico necesario para hacer frente al cumplimiento de este Contrato. En este entendido el Financiador será el responsable del manejo económico financiero del Contrato de Obra(...) 4.1. Porcentaje de Participación.- Los porcentajes de participación de las Partes en este contrato serán las siguientes: "a) **Contratista** (SERPREC LTDA.) diecisiete y medio por ciento (17.5%). Dicho porcentaje se desglosa de la siguiente manera: (i) trece por ciento (13%) correspondiente al IVA (ii) tres por ciento (3%) correspondiente al IT y (iii) Uno y medio por ciento (1.5%), que se reconoce por el uso del nombre en el Contrato de Obra adjudicado. b) **Financiador** (Jaime Enrique Quiroga) Ochenta y dos y medio por ciento (82.5%). Las Partes compartirán en las proporciones precedentemente señaladas (1.5% y 82.5%) todos los derechos y las obligaciones que surjan del Contrato de Obra, utilidades o pérdidas, costos y gastos (...).

5. Se aprecia también en el Contrato de Asociación Accidental, cláusula QUINTA.- CONDICIONES ESPECÍFICAS lo siguiente: "(...) Las Condiciones para la administración y ejecución del Contrato de Obra son las siguientes: 5.1. El Contratista(SERPREC) (...) Por tratarse de un Contrato con financiamiento total el Contratista **emitirá factura fiscal correspondiente a favor de la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba****CONSIGNANDO LA FECHA Y MONTO** que han sido definidos en el Plan de pagos (parciales) para el financiamiento (...). Esto deja entrever que el manejo y emisión de las facturas nunca estuvo a cargo del socio accidental (Jaime Enrique Quiroga Angulo) sino de SERPREC LTDA. (persona jurídica), por lo que no puede alegar desconocimiento del cheque toda vez que en fecha 24 de septiembre de 2004 emitió la factura 000196 a favor de la H. Municipalidad de Cochabamba por concepto de pago de Letras de Cambio N° 61728, 61729, 61730, 61731, 61732 y 61733 por un monto de Bs. 7.478.092.24, todo esto respaldado de manera consistente con el Anexo 7 (Letras de cambio pendientes de facturación) del informe económico especial emitido por



Acevedo Deloitte por el período comprendido entre el 10 de octubre de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, aportado por la propia Empresa SERPREC LTDA. al procedimiento arbitral formalizado el año 2005, donde claramente se establece que entre las letras de cambio pendientes de facturación sólo se encuentran los números 61721 al 61727, saltando exactamente los números facturados a la H.A.M. de Cochabamba por el cheque 05079-9 para continuar con los números 61747 hasta el 61757. Asimismo en el anexo 4 del mencionado informe económico especial, también se observa el registro del pago de las letras por parte de la Alcaldía que hacen a la emisión del cheque en controversia.

Como se mencionó en párrafos anteriores, la prescripción se comienza a computar a partir del día siguiente de producido el hecho, sin embargo, si se tomara el argumento del recurrente como válido, respecto a la falta de conocimiento, se llega a la conclusión conforme se analizó y demostró que SERPREC LTDA. si conocía del hecho.

Por lo anteriormente expuesto, y en base a criterios de razonabilidad y estricto apego a la normativa, se determina que las infracciones han prescrito en lo referente a los puntos 1, 2, 3 y 5 en aplicación de lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Sin embargo, corresponde precisar, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de la resolución del Recurso de Revocatoria, no puede establecer la "Revocatoria Parcial", cual determina en su punto 1 de la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, toda vez que no debe olvidarse que dicha figura corresponde ser aplicada en aquellos casos en los que se deja sin efecto parte de la Resolución recurrida (Art. 43 Parágrafo I b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo), situación que no ocurre en el caso de autos, toda vez que bajo un criterio sin mayor sustento en la Resolución impugnada (Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009,) no consideró sanción o desestimación para los cargos 1, 2 y 3 al establecer en la parte considerativa que: *"...la determinación de la sanción podrá ser establecida cuando la autoridad jurisdiccional determine la responsabilidad, el daño y el perjuicio ocasionado en el pago del cheque N° 05079-9 en cumplimiento a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras"*.

Si bien dicha situación, se aleja de todo procedimiento administrativo, y debía ser corregida en sujeción normativa por la propia Autoridad Supervisora, sin embargo siguió el camino de la Revocatoria parcial, mismo que no corresponde, ya que no puede dejarse sin efecto algo que no ha sido resuelto. Por lo que, regularizando y ajustando al procedimiento debe enmendarse dicha situación.

Por otro lado, al haberse determinado la prescripción, conforme a los argumentos precedentes, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no ingresa al argumento presentado por SERPREC LTDA. respecto a la imposición de sanción del 3% del Capital Mínimo, ya que carece de sentido su discusión.

Finalmente, corresponde precisar que la actuación del Banco Económico S.A. conforme se evidencia del expediente administrativo, no se ha ajustado a derecho, porque al margen de las circunstancias que adujo para justificarlo, como que el cheque fue pagado a un tercero que investía la calidad de apoderado de SERPREC y que el Banco al darse cuenta que había abonado en una cuenta personal revirtió los fondos de forma inmediata, no considera que por más perfecto que hubiere sido el poder que SERPREC LTDA. otorgó a Jaime Enrique Quiroga no le está permitido a ninguna entidad financiera abonar un cheque intransferible girado para abono en cuenta de una persona jurídica a una cuenta particular o individual y, mucho menos pagar en ventanilla un título valor que quedó invalidado, en franca vulneración al mandato contenido en los artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, a los cuales el Banco debía someterse.

Este hecho denunciado por SERPREC, comprobado en la fiscalización efectuada por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y no desvirtuado por el Banco, dio lugar a que el infractor alegue desde el primer momento la prescripción como hecho exceptivo, situación que conforme se analizó, es aplicable al caso de Autos, por ello, se examinó con preferencia a los otros hechos invocados, y por lo tanto permite concluir que se hace manifiestamente superflua cualquier consideración relativa a las infracciones y la aplicación o no de sanciones administrativas.

## 1.2 Previsión por riesgo legal.-

Revisado el expediente administrativo, se evidencia que la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, sin mayor fundamentación (cual en derecho hubiera correspondido), resuelve **cambiar la instrucción** impartida al Banco Económico S.A. mediante Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009 de **provisionar** el monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9, al resolver que el regulado constituya una **previsión** gradual del 33.33%, 66.66% hasta el 100% del importe del mencionado cheque.

Se verifica asimismo que la instrucción no queda ahí, ya que la parte considerativa que sustenta dicha decisión determina: *“Que, de acuerdo al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras **Código 250.00 Grupo Provisiones** se tiene que en esta cuenta, corresponde registrar entre otras descripciones que señala el Manual el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad. **Bajo ese criterio normativo, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Título V, Capítulo I, Sección 3 Art. 1º relativo al régimen de provisiones específicas, establece el régimen de porcentajes para constituir provisiones específicas que van por categorías de menor a mayor riesgo, de la categoría A, que provisiona el 1% hasta la categoría H que provisiona el 100%, REGIMEN DE PREVISIONES APLICABLE AL PRESENTE TRAMITE POR REFERENCIA NORMATIVA...**”* (el resaltado de negrillas, mayúsculas y subrayado corresponden a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien la previsión y la provisión tienen los mismos efectos, porque ambas afectan a la cuenta patrimonio, sin embargo su aplicación es distinta. La provisión se utiliza para hechos ya conocidos que deben ser cubiertos con seguridad a futuro, por tanto el gasto debe ser reconocido según establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en actual vigencia, por tanto dicha provisión no puede ser revertida; mientras que la previsión se aplica a hechos estimatorios futuros, a posibles contingencias que puedan representar un gasto o no en función al resultado principal con la posibilidad de reversión en caso de no ocurrencia de la contingencia.

Es así que, conforme establece la normativa establecida, la provisión no correspondía ser instruida por la ASFI, al no ser conocido el resultado, ni tener la seguridad a futuro, ajustándose la figura de previsión, al caso de autos.

Sin embargo, respecto a la previsión gradual instruida por la ASFI, y bajo los fundamentos anotados, está no corresponde pues no puede aplicarse una "previsión específica" para "riesgo de cartera" a una "previsión específica" para "riesgo legal", arguyendo "referencia normativa", cuando existe definición para el caso concreto, y más aún al corresponder a dos tipos de previsiones distintas y de aplicación específica, siendo la primera aplicada a cubrir el Riesgo de Crédito, por la probabilidad de que un deudor incumpla, en cualquier grado con el repago de sus obligaciones con la entidad de intermediación Financiera. Existiendo diferentes grados por categoría y tipo de moneda, (Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos – Régimen de Previsiones). El segundo tipo de previsión, referido al caso de autos se da para cubrir posibles pérdidas originadas por casos contingentes legales.

Debe asimismo considerarse que el Código 250.00 Grupo Previsiones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras está relacionado con varias cuentas, habiéndose observado que la disposición de previsión ordenada por la ASFI sólo hace referencia al Código 250.00 sin relacionarlo con la cuenta 257.00 (Otras Previsiones) dejando al arbitrio de la Entidad Financiera la apropiación correspondiente.

Es así que, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal (a raíz de las controversias surgidas entre el Banco Económico S.A. y SERPREC LTDA. con relación al cheque 05079-9 y al incumplimiento de la normativa), éste riesgo debe ser cubierto, y la determinación de la previsión por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, permite el cumplimiento de dicho fin.

Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes.

Sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del uso de las atribuciones conferidas por Ley, debe asegurar que el riesgo legal sea satisfecho, pudiendo adoptar la medida preventiva de Previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado.

Por lo analizado precedentemente, corresponde anular el numeral 4 de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse nuevamente sobre este punto, considerando los aspectos expuestos y dando correcta aplicación a la normativa.

### **1.3 Argumentos presentados por SERPRECLTDA. y no considerados por la ASFI.-**

#### **1.3.1 Auditoría Interna del Banco Económico S.A.-**

La Empresa SERPREC LTDA. alega que: ***“la ASFI omitió pronunciarse sobre la solicitud de imposición de sanción efectuada al momento de la denuncia presentada a la Ex SBEF contra Felipe Aliaga y Jimena Prado por incumplimiento a la imparcialidad y objetividad de Auditoría Interna del Banco Económico”.***

Por su parte la ASFI manifiesta que: ***“la falta de pronunciamiento se debe a que no habría sido inicialmente reclamado por SERPREC, sino que fue realizado en el Recurso de Revocatoria planteado en fecha 28 de agosto de 2009 y que en dicha instancia no corresponde un proceso sancionatorio”.***

Efectivamente y como asevera SERPREC LTDA. el Informe Especial de Auditoría elaborado por la empresa Serviaudi S.R.L., presentado por el recurrente a la ASFI mediante nota SERPREC 071/09 en fecha 20 de abril de 2009, adjunto a la denuncia contra el Banco Económico S.A., hace referencia al Informe de Auditoría Interna del Banco Económico en la Parte II, numeral 3 inciso 3.5., cursante a fs. 37 y ss., lo que deja entrever que aunque la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no consideró el tema de manera oportuna no podría hoy imponer sanción alguna prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

Para llegar a la sanción, la Administración debe seguir un procedimiento formal, 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 la notificación, a los presuntos infractores, con los cargos imputados para que estos tengan la oportunidad de presentar pruebas de descargo y/o alegaciones en el término previsto por Ley, esto, con el propósito establecido en el artículo 71 de la mencionada ley adjetiva que indica que: ***“Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad”.***

De ahí que la observancia de los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo no sólo tiendan a la protección subjetiva sino a la defensa de la norma jurídica, con el fin de mantener el imperio de la legalidad, colocando a la administración pública en la necesidad elemental de respetar, en el ejercicio de sus funciones, las garantías y derechos consagrados por la Constitución y, en particular, la

de inviolabilidad de la defensa en juicio, por lo que corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero enmendar la omisión en la que incurrió.

### **1.3.2 Incumplimiento a normas que regulan el Sistema de Atención de Reclamos y Consultas (SARC).-**

SERPREC LTDA. alega que: **“a pesar de que el resuelve 2 dispone confirmar el numeral 1 de la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 74/09 no existe argumento jurídico ni legal que sustente la determinación de desestimar el cargo referido al incumplimiento del reglamento del SARC.”**

Es cierto y evidente que la Empresa SERPRECLTDA., tanto en la denuncia presentada contra el Banco Económico S.A. como en su Recurso de Revocatoria expuso de manera detallada la relación de infracciones al Reglamento del SARC cometidas por el Banco Económico S.A.; sin embargo de la atenta lectura de la Resolución Administrativa ASFI 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, se evidencia que no existe ningún fundamento legal o técnico en la parte considerativa que sustente la parte resolutive.

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, establece de manera insoslayable que los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un "fundamento"(Art. 28 inciso e) y expresar de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable. En suma deben estar revestidos de una congruencia específica. Cuando se trata de recursos de acuerdo al artículo 30 de la Ley 2341, deben ser necesariamente motivados, es decir, están relacionados en la cadena de la petición-prueba-resolución, advirtiéndose que en el presente punto la ASFI actuó en forma contraria por lo que procede la anulación del resuelve 2, debiendo el ente de regulación aplicar el principio de congruencia para emitir el criterio que en ley corresponda.

Finalmente y respecto a los otros numerales de la parte Resolutive de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, los mismos no fueron objeto de impugnación, por lo cual deben ser confirmados en su totalidad.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad al artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmándose y anulando en parte la resolución recurrida, conforme lo siguiente y en base a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica:

- I. Se MODIFICA el numeral 1 con el siguiente texto:  
*"1. Desestimar sanción para los cargos 1, 2, 3 y 5 imputados mediante nota ASFI/DDC/R-14164/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al haberse operado la prescripción en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*
- II. Se ANULA los numerales 2 y 4, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa y tramitarla por cuerda separada, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.
- III. Se CONFIRMA los numerales 3, 5, 6 y 7 en todos sus términos.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá iniciar Diligencias Preliminares respecto a la denuncia presentada por SERPREC LTDA. y seguir según corresponda el proceso administrativo determinado para el efecto.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**AP/DJ N° 80/2009 DE 01 DE OCTUBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010 DE 02 DE MARZO DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA PARCIALMENTE**





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010**

La Paz, 2 de marzo de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR (EEC) A.C.**; la Resolución Administrativa/AP/DJ/Nº 80.2009 de 01 de octubre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 336 de 30 de abril de 2009, emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, respectivamente; los antecedentes que conforman el expediente elevado por el ente regulador; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 010/2010 de fecha 22 de febrero de 2010 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las competencias del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada los Recursos Jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al Procedimiento Administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 19 de octubre de 2009 la **ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR (EEC) A.C.**, legalmente representada por su Gerente General Juan Andrés Urdininea de acuerdo a las facultades contenidas en el Testimonio de Escritura Pública de Poder N° 0040/2008 de 15 de enero de 2008, otorgado ante la Notaria de Fe Pública Dra. Mariana I. Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 80.2009 de 01 de octubre de 2009, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Que, mediante carta AP/DJ/1246/2009 de 22 de octubre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió, al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el expediente administrativo referente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Entidad Encargada de Calificar (EEC) A.C., recurso que fue admitido a través de Auto de Admisión de 26 de octubre de 2009.

Que, mediante Auto de 26 de octubre de 2009 el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, acepta y aprueba la excusa presentada por la Abogada Ericka Marisol Balderrama Pérez, disponiendo su separación para el conocimiento y sustanciación del Recurso Jerárquico, designando a la Abog. Patricia Mirabal Fanola para que asuma las responsabilidades y obligaciones en la tramitación del proceso recursivo hasta su conclusión.

Que, en fecha 4 de noviembre de 2009, la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, puso a la vista el expediente con el objeto de que el recurrente proceda a su revisión.

Que, en fecha 6 de enero de 2010, se recibió la exposición oral de Juan Andrés Urdininea, en su calidad de Gerente General de la Entidad Encargada de Calificar (EEC) A.C.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/SPVS/IP/N° 336 DE 30 DE ABRIL DE 2009**

Mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009, notificada el 3 de abril de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, resolvió:

**"ARTÍCULO 1º.- (OBJETO).-** *Aprobar y poner en vigencia el Manual de Procedimiento de Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de largo*

plazo, que se encuentra en el Anexo I, y forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.

**ARTÍCULO 2º.- (DISPOSICIONES TRANSITORIAS)** A efectos de la habilitación de Médicos Calificadores, que rindieron examen en el mes de marzo de 2006, correspondiente a las gestiones 2006 al 2009, se seguirá el siguiente procedimiento transitorio:

- I. La SPVS en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles administrativos de puesta en vigencia la presente Resolución Administrativa, deberá verificar si la documentación entregada por los solicitantes para habilitación y registro, cumple lo determinado en el Anexo I de la presente Resolución Administrativa.
- II. Si la documentación se presentara sin observaciones, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros deberá proceder a emitir Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir de la notificación con la presente Resolución.
- III. En caso de detectarse alguna observación a la documentación presentada, en fecha anterior a la vigencia de la presente Resolución Administrativa, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos, deberá notificar mediante nota al interesado, indicando qué documentos debe regularizar.
- IV. El plazo para la regularización por parte del médico será de quince (15) días hábiles administrativos, computados a partir del día siguiente de la notificación con la nota señalada en el párrafo anterior.
- V. Vencido dicho plazo, sin haberse presentado la documentación observada, o haberla presentado de forma errónea, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, rechazará el trámite mediante nota, debiendo el médico recoger su documentación directamente de la Intendencia de Pensiones, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computados desde el vencimiento para la entrega de la documentación regularizada.
- VI. En caso de que la nueva documentación se encontrara libre de observaciones la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitirá la Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir del día siguiente hábil administrativo al vencimiento del plazo para la regularización de documentos.
- VII. Aquellos médicos que no hubieren presentado su solicitud de registro, podrán hacerlo en un plazo no mayor a (3) tres meses de puesta en vigencia la presente Resolución Administrativa.
- VIII. Si no presentaren toda la documentación requerida en dicho lapso de tiempo, deberán rendir nuevamente el examen correspondiente, para poder habilitarse.

- IX.** La obligación de actualización del médico calificador habilitado por el presente procedimiento transitorio, o en fecha anterior, debe efectivizarse en los cursos a impartirse en la presente gestión, caso contrario el médico calificador quedará inhabilitado.

**ARTÍCULO 3º.- (DEJA SIN EFECTO)** Se deja sin efecto la Resolución Administrativa SPVS-P(sic) N° 55 de 7 de abril de 1999, y todas las disposiciones contrarias a la presente Resolución Administrativa.

**ARTÍCULO 2º.- (USO OBLIGATORIO)** El Manual Único de Calificación es de uso obligatorio en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

**ARTÍCULO 3º.- (DEJA SIN EFECTO).**- Se deja sin efecto todas las disposiciones contrarias a la presente Resolución Administrativa".

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 04 de septiembre de 2009, la EEC interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP/ N° 336/09 de 30 de abril de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

### **"I.ANTECEDENTES**

- 1.** La SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS N° 392 de fecha 04 de mayo de 2009, ha determinado en su artículo primero lo siguiente:

'...**Primero.-** En cumplimiento del Numeral 1 de la Disposición Transitoria Décimo Quinta del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, se dispone la **SUSPENSIÓN** de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como los plazos por solicitudes presentadas ante la SPVS y en otros trámites; plazos que serán reiniciados en cada caso, una vez notificado el interesado con la **RADICATORIA** del proceso dispuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero o del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas conforme corresponde en el ámbito del artículo 34° del citado Decreto.

**Segundo.-** En aplicación del artículo 34° de la Ley N° 2341, la presente Resolución Administrativa, deberá ser publicada en órgano de prensa de circulación nacional...'

Dicho acto administrativo fue publicado en fecha 05 de mayo de 2009.

- 2.** La SPVS notifica a la EEC con la Resolución Administrativa SPVS-IP N°. 336/09 en fecha 06 de mayo de 2009, (que en lo principal aprueba el Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo), es decir **dentro de los términos de suspensión de plazos** establecidos en la R.A. SPVS N° 392/09.
- 3.** La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) ha emitido la Resolución Administrativa AP/DJ N° 6-2009 de fecha 10 de julio del 2009, que establece lo siguiente:

*'...Primero.- I. Se dispone levantar la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios dispuesta mediante Resolución Administrativa SPVS N° 392 de 4 de mayo de 2009...*

*III. Para los demás trámites y actos administrativos, el levantamiento de suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios será aplicado a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa...'*

*Dicho acto administrativo fue notificado mediante órgano de prensa en fecha **12 de julio del 2009.***

- 4. El Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece en su artículo 48 que:*

*'...El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada...'*

- 5. La EEC, en estricto cumplimiento al plazo establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 336/09 de fecha 30 de abril de 2009, en fecha **04 de agosto de 2009,** exponiendo fundamentos de hecho y de derecho así como presentando la documentación pertinente.*

- 6. La EEC es notificada con Auto de radicatoria de fecha 07 de agosto del 2009, emitido por la AP, que en lo principal resuelve lo siguiente:*

*'...I. Se dispone la radicatoria de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009 que aprueba el Procedimiento para Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de largo Plazo.*

*II. El plazo de la etapa procesal en que se encuentre el procedimiento administrativo, será nuevamente computado a partir de la notificación correspondiente con el presente Auto...'*

*Dicho acto administrativo fue notificado en secretaría de la EEC en fecha **14 de agosto de 2009.***

- 7. La EEC es notificada con Auto de fecha 18 de agosto de 2009, emitido por la AP que en lo principal indica en su parte considerativa lo siguiente:*

*'...Que, con auto de 7 de agosto de 2009 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, dispone la radicatoria del proceso administrativo regulatorio respecto al 'Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo', debiendo los regulados considerar el plazo de la etapa procesal correspondiente, el cual fue nuevamente computado a partir de la notificación a las partes con la radicatoria del proceso'.*

*Que, mediante memorial de fecha 03 de agosto de 2009 la EEC interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A. 336/2009, recepcionada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, en fecha 04 de agosto de 2009.*

*Que, de acuerdo a lo expuesto, se establece que el regulado habría presentado con anterioridad a la radicatoria del proceso administrativo, el memorial por el cual interpone el Recurso de Revocatoria con la R.A. 336/2009, sin considerar lo dispuesto por Auto de 7 de agosto de 2009, que expresamente determina la prosecución formal del proceso.*

Que, en ese entendido, encontrándose aún vigente el plazo para poder impugnar cualquier resolución que a criterio del sujeto regulado, afecte, lesione o cause perjuicio de sus derechos subjetivos o intereses legítimos; la EEC podrá utilizar los medios recursivos permitidos por la normativa administrativa...'

Asimismo dicho acto administrativo establece en su parte resolutive:

'... Estese a lo resuelto por Auto de 07 de agosto de 2009, publicado en medio de prensa de circulación nacional en fecha 14 de agosto de 2009...'

8. La EEC mediante memorial de fecha 26 de agosto de 2009, ha solicitado la aclaración y complementación del Auto de fecha 18 de agosto de 2009, mismo que **NO** está referido al fondo del recurso de revocatoria.
9. En estricto cumplimiento a lo establecido en los Autos de fechas 07 de agosto de 2009 y 18 de agosto de 2009, dentro del plazo establecido por el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, considerando como fecha de inicio de cómputo de plazos administrativos el **14 de agosto de 2009** (notificación en secretaría de la EEC y Publicación en medio escrito de prensa de circulación nacional), se interpone nuevamente recurso de revocatoria.

## **II. FUNDAMENTACIÓN**

### **HABILITACIÓN, REGISTRO Y CANCELACIÓN DE REGISTRO DE MÉDICOS CALIFICADORES**

La R.A. SPVS-IP N° 336/09 en su artículo 2 establece lo siguiente:

Artículo 2 (Disposiciones Transitorias)

'...II. Si la documentación se presentara sin observación, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros deberá proceder a emitir Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir de la notificación con la presente Resolución...'

'...VI. En caso de que la nueva documentación se encontrara libre de observaciones la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitirá la Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir del día siguiente hábil administrativo al vencimiento del plazo para la regularización de documentos...'

Anexo 1 (R.A. SPVS-IP N° 336/09)

Artículo tercero (Habilitación y Registro):

'...En caso de no existir observaciones a la documentación o una vez levantadas las observaciones realizadas, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en el plazo de (15) quince días hábiles administrativos, procederá a la habilitación e inscripción en el Registro de Médicos Calificadores del SSO.

Para este efecto deberá emitir una Resolución Administrativa para cada solicitud... Dicha Resolución Administrativa de registro, será notificada a cada interesado, y publicada en la página WEB de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, así como la lista de Médicos Calificadores del SSO para efectos de publicidad...'

*Artículo Cuarto (Vigencia de la Habilitación y Registro)*

*'...La vigencia de la habilitación y consiguiente registro será de dos años a partir de la gestión en que rindió el examen el médico calificador, luego de lo cual este deberá rendir nuevo examen y aprobarlo con una calificación igual o mayor al setenta por ciento (70%). Si el médico no se presentare al examen en la gestión que le corresponde, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, cancelará su registro en un plazo de diez (10) días hábiles administrativos siguientes al día del examen. Vencido el plazo señalado el médico no se encontrará habilitado para realizar calificaciones. Si el médico se presentare a rendir el examen en la gestión que le correspondiere, pero no aprobase con la calificación mínima exigida para el efecto, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, cancelará su registro en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos siguientes al día del examen. Vencido el plazo señalado el médico no se encontrará habilitado para calificar... En ambos casos, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, eliminará de sus registros el nombre del médico calificador, actualizando la Lista de Médicos Calificadores del SSO habilitados en la página WEB...'*

*Artículo Noveno (Cancelación de registro)*

*'...La cancelación de registro implica la inhabilitación para ejercer como Médico Calificador del SSO... La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitirá Resolución Administrativa que cancele temporal o definitivamente el Registro del Médico Calificador del SSO, en un plazo de veinte (20) días hábiles administrativos de recibida la documentación completa que avale o justifique la cancelación...'*

*De lo anterior y considerando que la EEC conforme lo establecen los artículos 1, 3 y 4 inc. d) del Decreto Supremo N° 27824 de 3 de noviembre de 2004, tiene como objeto fundamental la calificación del origen, grado, causa y fecha de siniestro en los trámites de pensión por invalidez y muerte del SSO, y que para ello debe contratar médicos calificadores habilitados conforme a la normativa vigente, en (sic) necesario que nuestra entidad sea informada de manera frecuente y dentro de plazos razonables, sobre la habilitación, registro y cancelación de registro de médicos calificadores en el SSO, situación que no se encuentra consagrada en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, por lo que solicitamos la inclusión de las formas y plazos en que la EEC sería informada de manera oportuna sobre la situación y modificaciones a la Lista de Médicos Calificadores registrados para la calificación del SSO, esto garantizará las funciones y finalidades de nuestra entidad.*

### **PROCEDIMIENTO TRANSITORIO DE HABILITACIÓN DE MÉDICOS CALIFICADORES QUE RINDIERON SU EXAMEN EL MES DE MARZO DEL 2006**

La R.A. SPVS-IP N° 336/09 en su artículo 2 establece lo siguiente:

Artículo 2 (Disposiciones Transitorias)

'...IX. La obligación de actualización del médico calificador habilitado por el presente procedimiento transitorio, o en fecha anterior, debe efectivizarse en los cursos a impartirse en la presente gestión, caso contrario el médico calificador quedará inhabilitado...' (subrayado es nuestro).

En consideración a que los miembros del Tribunal Médico de Calificación (TMC) fueron habilitados en fecha anterior a la vigencia de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, dicha determinación tendría efectos directos en nuestro cuerpo colegiado, en el entendido de no ejecutarse los citados cursos de actualización y consecuente examen de habilitación en la presente gestión (considerándose que ha transcurrido 8 meses), por lo que consideramos que dicho precepto debería modificarse suprimiendo los efectos de inhabilitación establecidos en el citado acto administrativo.

## **SOLICITUD DE REALIZACIÓN DE EXÁMENES DE ACTUALIZACIÓN Y HABILITACIÓN DE MÉDICOS CALIFICADORES.**

### **Anexo I (R.A. SPVS-IP N° 336/09)**

#### **Artículo segundo (Del Examen)**

' I. Los médicos para habilitarse como médicos calificadores del SSO, deberán cumplir los requisitos establecidos en el presente Manual, debiendo primeramente rendir y aprobar el examen que hubiere convocado la SPVS...

...IV. Los profesionales que se encuentran registrados en el Registro de Médicos Calificadores del SSO, para renovar la vigencia de su habilitación, deberán rendir nuevamente el examen de actualización sobre el uso del MANECGI y la LEP en la gestión subsiguiente a la que rindió el examen que lo habilitó. Los médicos que no aprueben dicho examen o los que no se presenten al mismo cuando les corresponda, **serán automáticamente inhabilitados** para ejercer la función de Médico Calificador del SSO cancelándose su registro, pudiendo habilitarse nuevamente una vez que aprueben un examen posterior, y presentando nuevamente los requisitos establecidos para la habilitación...' (Subrayado es nuestro)

De lo anterior, considerando las situaciones de prohibiciones normativas a calificar ciertos casos, inhabilitación o cancelación de registro por las diferentes circunstancias establecidas en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, estas reducen la oferta de médicos calificadores habilitados, situación que resulta compleja para la prosecución de las funciones y finalidades esenciales de nuestra entidad, es por esta razón que solicitamos la inclusión de un procedimiento que permita a la parte interesada solicitar, la programación y realización el examen de habilitación para posibilitar la calificación en el SSO, sustentando nuestra posición en el hecho que el regulador por mandato de la norma es responsable de la ejecución del Examen de habilitación y consecuente registro de médicos calificadores en el marco de lo aclarado por la R.A. SPVS-IP N° 221/09 de fecha 27 de marzo de 2009, que en lo particular establece lo siguiente:

'...La entidad recurrente no puede dejar de tomar en cuenta lo expresamente determinado por normativa, toda vez que la capacitación, no es una atribución exclusiva de la SPVS, sino cual establecen los artículos 14 y 15 del DS 27824 es la



habilitación de médicos calificadoros, para cuyo efecto se toma exámenes, por lo tanto no existe prohibición en norma para aquellos médicos que se capacitan por cuenta propia, en cursos que emita la SPVS o a través de otros medios, a efectos de poder habilitarse por la SPVS como médicos Calificadores del SSO, tal como establece el Decreto Supremo N° 27824...'

## **EXCUSAS Y RECUSACIONES**

### **Anexo I (R.A. SPVS-IP N° 336/09)**

#### **Artículo Octavo (Excusas y Recusaciones)**

'...El médico calificador del SSO habilitado, deberá excusarse de calificar, si a tiempo de iniciar el proceso de calificación evidenciara que:

3. Hubiera emitido criterio sobre el caso a calificarse...'

De lo anterior se evidencia que la citada norma es oscura e imprecisa, y puede provocar problemas en sus alcances y aplicabilidad, siendo que dicho precepto no establece con claridad las formas materiales en que el médico pudiera emitir 'criterio sobre el caso a calificarse', siendo amplias las formas de la manifestación de dicha expresión, por lo que solicitamos se modifique o suprima dicho concepto normativo, considerando los efectos jurídicos que en su aplicación pueden acarrear.

## **INHABILITACIÓN Y CANCELACIÓN TEMPORAL O DEFINITIVA DE REGISTRO**

Conforme lo establece el artículo Noveno del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, existen dos formas de cancelación del registro; una temporal y otra definitiva, pero que en la concepción establecida en la citada Resolución Administrativa presenta ambigüedades que a nuestro criterio deben ser modificadas, para el efecto considere lo siguiente:

### **Cancelación Temporal de Registro**

Conforme a la R.A. SPVS-IP N° 336/09, no establece una concepción clara de lo que debe entenderse por una cancelación temporal, por otra parte establece causales para la aplicación de la misma, pero que las mismas se confunden con la simple inhabilitación:

'...1. Cuando el Médico Calificador del SSO al vencimiento de su registro, no rinda el examen o rinda el examen de habilitación para el siguiente período bienal y obtenga una calificación menor al setenta por ciento (70%)...'

Dicha precisión tiene su fundamento en los artículos Tercero y Cuarto del mismo cuerpo normativo, pero que resultan en la realidad artificiosos al establecer una cancelación temporal del registro por causales de incumplimiento de la obligación de actualización que tienen los médicos calificadoros, pues la normativa establece la inhabilitación, sea por la inasistencia o la falta de suficiencia en el examen de actualización al que debe acudir dicho profesional, pero de ninguna manera se podría pretender asignarle una categoría de temporalidad, pues en la realidad la cancelación del registro es definitiva, y depende de la voluntad del médico el solicitar dentro de los plazos establecidos para el efecto su habilitación para calificar en el SSO.

*Siguiendo con las causales de la Cancelación temporal de registro se observan las siguientes:*

*'...2. Cuando el médico Calificador del SSO, no se hubiere excusado de calificar un caso, pese a encontrarse dentro de las causales determinadas por el artículo octavo anterior. En este caso, la cancelación temporal solo aplicará para la primera vez y por un período de al menos dos años.*

*Cuando el Médico Calificador del SSO, se encuentre dentro de las causales determinadas en el artículo 7°...'*

*De los preceptos anteriores, resulta nuevamente confuso el establecimiento de categorías tales como la falta de excusa que a su vez es repetido por el artículo séptimo al que recurre la segunda causal, considerando que dichas eventualidades obedecen a una infracción de la normativa, lo cual conforme el artículo 63 del Decreto Supremo N° 27175, conlleva al inicio de proceso sancionatorio. Para mayor comprensión, transcribimos el mismo a continuación:*

#### **D.S. N° 27175**

##### **Artículo 63**

*'...constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI...'*

*Así pues bajo esta concepción, es totalmente aplicable el procedimiento sancionador establecido en el citado Decreto Supremo N° 27175 en su Capítulo VI (Disposiciones sobre sanciones), y no así como se pretende configurar un proceso discrecional que conllevaría a la cancelación temporal del registro (término que como se advirtió precedentemente no encontramos coherente).*

##### **Cancelación Definitiva de Registro**

*Tal como se manifestó precedentemente existe una terminología ambigua y confusa, pues en cuanto a la cancelación definitiva del registro, no establece una clara conceptualización de la misma, por otra parte existe, al igual que la anterior, una deficiencia conceptual en el término definitiva, pues no se aclara si este término refiere a la pérdida de la posibilidad de manera permanente de que el profesional sancionado se habilite nuevamente para calificar en el SSO.*

*Razonamiento contrario, no permitiría la diferenciación con la denominada cancelación temporal de Registro.*

*'Si una Resolución Administrativa de Sanción así lo establece...'*

*Encontramos deficiencias y ambigüedades, puesto que la reincidencia en la inasistencia o falta de suficiencia en el examen de actualización, simplemente inhabilita al médico calificador, pero de ninguna manera se podría pretender que esto imposibilite su postulación, a comparecer a los exámenes de habilitación establecidas por la normativa vigente, puesto que resultaría restrictivo y contrario a lo establecido en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, pues el mismo establece cuales son los requisitos para la postulación a la habilitación para calificación del SSO.*

*Por otro lado al establecer que será también una Resolución Sancionatoria la que establezca la 'Cancelación definitiva de registro' (término que como se*

advirtió precedentemente no encontramos coherente), reafirma nuestra posición que los procesos sancionatorios a médicos calificados deben observar el procedimiento establecido en el Capítulo VI del Decreto Supremo N° 27175, y no otro.

Finalmente sobre la causal de '...Si Califican cuando no se encuentra habilitado...', encontramos a la misma, como ya se enfatizó anteriormente, que dicha acción corresponde a una infracción a la normativa vigente, específicamente al artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, por lo que corresponde un proceso sancionatorio en los lineamientos ya expuestos.

Por todo lo anterior, consideramos desafortunada la redacción del artículo Noveno, pues carece de claridad, no cuenta con conceptos claros, y confunde la acción u omisión del médico calificador con la consecuencia (que en este caso sería la cancelación del registro), por lo que consideramos se debe reformular el citado artículo, estableciendo un contenido mínimo que respete los principios básicos del procedimiento sancionador, (conforme lo reconoce el artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175), tales como Seguridad jurídica, respeto al debido proceso y la sujeción a los principios establecidos en la Ley N° 2341 del Procedimiento administrativo(sic), identificados como principios sancionatorios.

Por tanto en el marco de lo anterior, es necesario se establezca e identifiquen claramente las acciones u omisiones que infrinjan a la normativa dentro del campo de la calificación en el SSO, por otro lado se debe establecer una graduación y clasificación de las sanciones.

Por ejemplo, ciertas acciones corresponderán a infracciones leves, graves y gravísimas. Por otro lado la consecuencia de las mismas, es decir el tipo de sanción a la que concluyen, como sanciones pecuniarias, suspensión temporal de habilitación a ejercer la actividad, o pérdida definitiva de la posibilidad del ejercicio a la actividad; así como las responsabilidades, administrativas y de otra índole, que emergerían de acciones dolosas o culposas (cuya graduación es diferente a la simple infracción), logrando con lo anterior un adecuado régimen sancionatorio sobre la actividad de calificación.

### **ANULACIÓN DE PROCESO DE CALIFICACIÓN**

El artículo Décimo del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, establece lo siguiente: '...El Médico Calificador del SSO, que incurra en alguna de las prohibiciones comprendidas en el artículo 7° del presente Manual que le impida calificar en el SSO, y que haya participado en la emisión de un Dictamen, el mismo adquiere la calidad de anulable, por lo tanto, deberá retrotraerse hasta el vicio más antiguo. Para tal efecto, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, deberá emitir Resolución Administrativa motivada que anule el proceso de Calificación, previa recopilación de los documentos probatorios.

Esta situación generará el inicio del procedimiento administrativo correspondiente tanto al médico calificador como a las Entidades Reguladas involucradas, implicando inclusive y según corresponda en la cancelación de la habilitación y registro de médico calificador...'

Dicha redacción presenta deficiencias conceptuales sobre la nulidad y anulabilidad de un acto jurídico, establece responsabilidades a actores que no gobiernan en decisiones que corresponde al fuero interno e íntimo del profesional calificador tales como vincularse de manera contractual a más de una entidad operadora en el SSO, incurrir en infracciones a la normativa vigente que conlleven a un proceso sancionatorio que concluya en una resolución sancionatoria definitiva y firme en sede administrativa, en excusarse, y calificar sin la coparticipación de los miembros del cuerpo colegiado conforme a normativa.

Por lo anterior es necesario delimitar las circunstancias de una anulabilidad de procedimiento, es decir, encontrar vicios en el procedimiento de calificación que necesariamente atenten contra la Seguridad Jurídica y el debido proceso, ésta situación debe ser confrontada y resuelta en el proceso administrativo correspondiente ante Autoridad competente que en este caso es el Regulador, siendo que la calificación es parte del procedimiento de tramitación de pensión en el SSO (conforme lo establece el artículo 7 del Decreto Supremo N° 27324).

Por otro lado, la nulidad repercute en los elementos esenciales que configuran el nacimiento de cualquier acto jurídico, que en este caso sería que los médicos calificadores participantes y emisores de un dictamen de calificación no cuenten con la habilitación para realizar dicha actividad (Por tanto el acto jurídico es nulo y no así como se pretende identificarlo como anulable).

No obstante lo anterior, es necesario **identificar claramente** a los actores en el proceso de calificación, siendo que cada situación obedece a un precepto normativo preestablecido, en forma y plazos, conforme al Decreto Supremo N° 27824, y que su trasgresión repercutiría en el inicio de un proceso sancionatorio, pero que de ninguna manera se puede pretender que las malas praxis en el ejercicio de la actividad de calificación sean de responsabilidad de otros actores diferentes a los encomendados por la normativa que en nuestro caso es el Tribunal Médico de Calificación, como cuerpo colegiado.

### **RESPONSABILIDAD DE LA CALIFICACIÓN EN EL SSO**

Siguiendo con el análisis de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, su artículo Décimo Primero establece en el numeral segundo lo siguiente:

*'...Las administradoras(sic) de Fondos de Pensiones, la Entidad Encargada de Calificar y las Entidades Aseguradoras que administran seguros previsionales, en cuanto a la obligación que tienen de verificar que sus médicos calificadores, cumplan a cabalidad las determinaciones de la presente Resolución...'*

De lo anterior consideramos desafortunada la pretensión de establecer un control artificioso sobre las acciones u omisiones que los médicos calificadores pudieren ejecutar en el ejercicio de la actividad calificadora, siendo que el mismo corresponde en esencia a la voluntad de dicho profesional (Considerando para ello la libertad profesional en el ejercicio de la calificación), por otro lado, lo que si resulta coherente sería establecer un mecanismo de denuncia sobre acciones u omisiones que atenten contra la normativa del SSO por parte de los médicos calificadores vinculados a los diferentes operadores y, de darse el caso, el inicio del correspondiente proceso sancionador.

## **PETITORIO**

Conforme lo establece el artículo 10, 34, inc. a) y 35 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 abril de 2009, dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175 (Normativa aplicable al caso), solicito a su Autoridad ADMITA EL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA, y conforme al análisis de los fundamentos manifestados, REVOQUE PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP N° 336 DE 30 DE ABRIL DE 2009 CONFORME A LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS EN EL PRESENTE MEMORIAL' (...)"

## **2.1 MEMORIAL PRESENTADO POR LA EEC SOLICITANDO INCLUSIÓN DE PRUEBA DE RECIENTE OBTENCIÓN Y MODIFICA PETITORIO.-**

Mediante memorial presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, el 01 de octubre de 2009, la Entidad Encargada de Calificar solicitó la inclusión de prueba de reciente obtención y modificó el petitorio del Recurso de Revocatoria, conforme a los siguientes fundamentos:

### **"I ANTECEDENTES**

1. La EEC mediante memorial de fecha 12 de agosto de 2009 a(sic) solicitado a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP), copia de expediente recursivo contra la R.A. SPVS-IP N° 1052/08 de fecha 31 de diciembre de 2008, confirmada parcialmente mediante R.A. SPVS/IP N° 211/09 de fecha 27 de marzo del 2009.
2. La AP mediante carta AP/DJ/820/2009 adjuntó fotocopia de los documentos de dicho expediente, entre los cuales se remitió copia del **Informe INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009** de fecha 26 de marzo de 2009, dicha documentación fue recepcionada en secretaria de la EEC en fecha **16 de septiembre del 2009.**
3. La EEC de conformidad a lo instruido mediante Auto de fecha 18 de agosto del 2009, emitido por la AP, interpuso Recurso de Revocatoria contra la R.A. SPVS-IP N° 336/09, en fecha 04 de septiembre del 2009, solicitando en dicha oportunidad, mediante los Otrosí 2do. y 3ero. lo siguiente:  
'...Otrosí 2.- Invocando el artículo 50 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, y dentro recurso de revocatoria contra la R.A. SPVS/IP N° 336/09, se solicita AUDIENCIA PUBLICA para exposición de argumentos que sustentan el presente recurso.  
Otrosí 3.- En consideración a que el informe Legal SPVS-DL-N° 471/06, ha motivado la emisión de la R.A. SPVS-IP N° 336/09; invocando la facultad establecida en el artículo 28 del Decreto Supremo N° 27175, solicitamos copia del citado informe, siendo que el mismo forma parte del acto sujeto al presente proceso recursivo...'
4. Conforme a lo expuesto precedentemente, la AP mediante auto de fecha 09 de septiembre del 2009, instruye lo siguiente:

'...Único I.- Se señala audiencia para la exposición de fundamentos solicitada por la Entidad Encargada de Calificar, a ser realizada el día 17 de septiembre de 2009 a horas 15:30, en dependencias de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ubicada en la calle Reyes Ortíz esquina Federico Zuazo, Edificio Gundlach, Torre Este, piso 9; de la ciudad de La Paz.

II.- A momento de notificarse el presente auto, se hará entrega de una copia del Informe Legal SPVS-DL-Nº 471/2006 de fecha 05 de julio de 2006, emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros...'

Dicho acto administrativo fue notificado en secretaría de la EEC en fecha **15 de septiembre del 2009**, adjuntando el Informe legal SPVS-DL-Nº 471/2006 de fecha 05 de julio del 2006.

## **II. FUNDAMENTACIÓN**

### **DOCUMENTACIÓN OBTENIDA POSTERIOR A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA R.A. SPVS-IP Nº 336/09**

Como se puede advertir de la lectura de los antecedentes expuestos en el presente memorial los informes emitidos por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros:

- Informe Legal SPVS-DL-Nº 471/2006 de fecha 05 de julio de 2006
- Informe INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009 de fecha 26 de marzo del 2009

Fueron de conocimiento de la EEC, luego de la interposición del Recurso de Revocatoria, presentado ante la AP en fecha **04 de septiembre del 2009**, siendo que el contenido de dichos informes contienen información que se encuentra directamente relacionada con el proceso recursivo instaurado contra la R.A. SPVS-IP Nº 336/09, y por tanto afecta también las pretensiones expuestas por nuestra entidad mediante el citado recurso de revocatoria.

De lo anterior es preciso acudir a los artículos 47 num. I de la Ley Nº 2341 de Procedimiento administrativo(sic), 90 del Decreto Supremo Nº 27113 – Reglamento de la Ley Nº 2341, que transcribimos a continuación:

#### **Ley Nº 2341, artículo 47 num. I**

'...Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho...'

#### **D.S. Nº 27113, artículo 90**

'...(Prueba de reciente obtención).- La autoridad administrativa concluido el período de prueba, de oficio o a petición de un interesado, podrá disponer la recepción de prueba de reciente obtención, en los siguientes casos:

- a) Si tuviera conocimiento de un hecho nuevo relevante para la decisión
- b) Cuando exista prueba documental determinante para la decisión que no hubiese sido conocida anteriormente por el interesado o este no hubiese podido obtenerla...'

Por todo lo anterior corresponde a nuestra entidad fundamentar el valor de los documentos citados y de reciente obtención, conforme a los siguientes argumentos:

#### **INFORME SPVS-IP-DL-Nº 471/2006 DE FECHA 05 DE JULIO DEL 2006**

Es preciso manifestar previo al análisis de dicho informe, que el mismo fue fundamento para la emisión de la R.A. SPVS-IP Nº 336/09, tal como el mismo acto, en su parte considerativa, lo manifiesta:

'...Que, el Informe Legal SPVS-DL-Nº 471/06, pronuncia la recomendación de emitir una Resolución Administrativa a seguir para le(sic) Registro de Médicos Calificadores del SSO, en concordancia con lo determinado por el Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de noviembre de 2004.

Que, en tal sentido es imperativo emitir una Resolución Administrativa que establezca el procedimiento que deben seguir los Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo plazo...'

Además de los preceptos normativos contenidos en los artículos 14 y 15 del Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de noviembre del 2004, que fueron transcritos en la parte considerativa in extenso.

Así, partiendo de dicha premisa la normativa vigente establece para cualquier acto administrativo elementos esenciales, los que revisaremos a continuación:

#### **Ley Nº 2341 – artículo 28**

'...(Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

- a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente.
- b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
- c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
- d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
- e) Fundamento: deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo, y;
- f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico...'

Del detalle anterior, se observa que la R.A. SPVS-IP Nº 336/09 en su parte considerativa (Motivación del acto administrativo) se sustenta en dos pilares:

- a) **La normativa vigente, en especial el Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de noviembre de 2004, en la parte referida a los requisitos para la habilitación y registro de los médicos calificadores del SSO.**

Los preceptos normativos contenidos en el Decreto Supremo Nº 27824, sobre el presente caso, hacen alusión a los requisitos que deben cumplir aquellas personas de recesen(sic) habilitarse como médicos calificadores en el SSO,

asimismo la obligatoriedad de su actualización al menos cada dos (2) gestiones anuales, para mayor comprensión transcribimos los preceptos normativos aludidos:

' ... Artículo 14.- (Requisitos de Habilitación).- La SPVS mantendrá un registro de médicos habilitados para ejercer la función de calificadores en el SSO.

Podrán acceder a dicho registro las personas que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Ser médico de profesión
2. Estar inscrito en el Colegio Médico
3. Haber aprobado el examen con un puntaje igual o mayor a setenta por ciento (70%), acreditado por el Certificado de aprobación emitido por la SPVS, sobre:
  - a) Uso del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del grado de Invalidez – MANECGI y la Lista de Enfermedades Profesionales – LEP.
  - b) Marco normativo de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 – Ley de Pensiones y normas conexas.
  - c) Marco normativo de la Ley de Higiene y Seguridad Industrial.
4. Acreditar al menos cinco (5) años de experiencia laboral en su área de especialización
5. No haber sido sujeto de proceso penal con sentencia ejecutoriada con pena privativa de libertad.

Las personas que deseen inscribirse en el registro y habilitarse como calificadores, podrán hacerlo en las oficinas de la SPVS presentado copia de su Documento de Identidad, copia de su Título Profesional, Registro al Colegio Médico, Certificado de aprobación de la SPVS y Curriculum Vitae.

Los profesionales que hubieran aprobado el examen podrán registrarse en el plazo máximo de doce (12) meses posteriores a la fecha de emisión del Certificado de aprobación.

Artículo 15.- (Actualización).- Los profesionales del Registro de Médicos Calificadores de la SPVS deberán rendir nuevamente el examen en el uso del MANECGI y la LEP, al menos una vez cada dos (2) gestiones anuales, dependiendo de la periodicidad de los exámenes que organice la SPVS.

Los médicos que no aprueben dicho examen o los que no se presenten al mismo cuando les corresponda, serán automáticamente inhabilitados para ejercer la función de médico calificador, pudiendo habilitarse nuevamente una vez que aprueben un examen posterior, cumpliendo lo establecido en el Artículo anterior...'

**b) Las recomendaciones emitidas por el Informe Legal SPVS-DL-N° 471/06 de fecha 05 de julio del 2006.**

Sobre este acápite es necesario acudir al citado informe para el análisis de las recomendaciones arribadas por dicho acto de lo cual transcribimos en sus partes pertinentes:

'... Antecedentes.-



En fecha 22, 23 y 24 de marzo de 2006, se lleva a cabo el Curso de Capacitación de Médicos Calificadores sobre Actualización de normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez y Listado de enfermedades profesionales.

Posteriormente, en fecha 21 de abril de 2006, rinden examen 27 profesionales médicos, para Médicos calificadores, **de los cuales once han obtenido un puntaje mayor a sesenta(sic) puntos.** De acuerdo **a las solicitudes planteadas por la Dra. Patricia Guadalupe Flores Salinas, la Dra. Ann BeeLee Aguilar Ledezma, el Dr. Marcelino Cuellar Bautista y el Dr. por el Dr. Vladimir Martín Roca Calderón, en fecha 28, 19 y 30 de junio de 2006, ante la Dirección Legal, solicitando su inscripción en el Registro de Médicos Calificadores, adjuntado para el efecto su documentación original y acreditando cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto Supremo N° 27824.**

Asimismo, la Intendente de Pensiones, remite la documentación completa, mediante nota SPVS-IP-DPSSO N°1992/2006, a la Dirección Legal en razón a que **corresponde a la misma llevar el Registro de Médicos Calificadores.**

Del acta emitida en fecha 24 de abril de 2006, de la calificación realizada por la Dra. Cristina Alonso se obtuvo que **aprobaron el examen a nivel nacional once profesionales médicos con notas superiores a sesenta(sic) puntos, tal como señala la norma,** cuyos nombres se encuentran consignados a continuación...' (El subrayado y negrillas es nuestro)

De la relación de hechos descrita precedentemente, se tiene conocimiento que once médicos calificadores cuentan con el porcentaje mínimo requerido por el artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, asimismo que cuatro de dichos profesionales presentaron solicitud de inscripción ante la SPVS, adjuntando la documentación requerida por la normativa, y que dichas solicitudes merecieron pronunciamiento de la Intendencia de Pensiones para su registro.

Por otra parte dicho informe expone sus conclusiones con lo siguiente:

'...En cumplimiento a la norma, debe remitirse los antecedentes y la lista de los médicos habilitados a la Intendencia de Pensiones, para la obtención del respectivo Certificado de Acreditación, de acuerdo a la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo, que señala en su artículo 18° parágrafo I. (Acceso a Archivos y registros y obtención de copias) 'Las personas tienen derecho a acceder a los archivos, registros públicos y a los documentos que obren en poder de la administración pública, así como a obtener certificados o copias legalizadas de tales documentos cualquiera sea la forma de expresión, gráfica, sonora, en imagen u otras, o el tipo de soporte material en que figuren...'

**Asimismo, toda vez que el decreto(sic) N° 27824 no enuncia ningún requisito adicional a los ya cumplidos por los médicos a tiempo de presentar el examen de actualización y teniendo en cuenta que todos ellos ya han adjuntado los mismos en su expediente, corresponde**

**incorporarlos al registro de Médicos Calificadores mediante una Resolución Administrativa de Registro.**

De acuerdo al Decreto Supremo 27824, de 03 de noviembre de 2004, que establece en el artículo 14, requisitos de Habilitación, la SPVS mantendrá un registro de médicos habilitados para ejercer la función de calificadores en el Seguro Social Obligatorio.

De acuerdo al mismo Artículo 14° del decreto(sic) Supremo N° 27824, se debe habilitar como médicos calificadores solo a quienes han aprobado el examen con un puntaje igual o mayor a sesenta(sic) por ciento (70%).

**Como todo Registro Público, el registro de Médicos Calificadores es susceptible de ser conocido por todo aquel que acredite un interés legal necesario, sin embargo, por ser partes interesadas en conocer tal información deberá ponerse en conocimiento de las AFP y aseguradoras que administran Seguros de Vida, el registro de Médicos Calificadores, con los recientemente habilitados...** (el subrayado y negrillas es nuestro)

Sobre lo anterior es preciso puntualizar y situar el momento en que se manifestaron los resultados de los cursos realizados en fechas 22, 23 y 24 de marzo de 2006, lo que claramente, no solo concluye con un listado de profesionales médicos que cumplieron con el porcentaje mínimo de aprobación, sino más aún que cumplieron con todos los requisitos que establece la norma para ser habilitados como médicos calificadores, asimismo, se instruye informar a las partes interesadas sobre dicha información. En este punto es necesario manifestar que la EEC (como parte interesada en el proceso de habilitación de médicos calificadores) no fue comunicada con dicha situación, pese a las solicitudes manifestadas mediante cartas CITE: EEC-GG/001665/2006; CITE:EEC-GG/002077/2006; CITE:EEC-GG/00202/2008, y CITE:EEC-GG/00242/2008. Finalmente, pasaremos a analizar las recomendaciones del citado informe:

‘...Por lo tanto, en estricto apego a la norma se recomienda:

La Intendencia de Pensiones, deberá emitir los certificados de médicos habilitados como médicos calificadores a nivel nacional por el período **2006-2008...**’

‘...Por lo tanto, se recomienda que los siguientes profesionales médicos sean incorporados al registro de Médicos Calificadores para la gestión **2006 a 2008...**’

‘... **Asimismo, se recomienda que la Dirección Legal deberá proyectar una Resolución Administrativa de Registro para cada médico calificador...**’ (el subrayado y negrillas es nuestro(sic))

Por la simple lectura de lo anterior, causa extrañeza dichas conclusiones confrontadas con lo establecido por la R.A. SPVS-IP N° 336/09, siendo que en fecha 05 de julio del 2006, se tuvo un contingente de profesionales que cumplieron todos los requisitos para su habilitación y registro para calificar en el SSO, y más aún que en ningún acápite del informe SPVS-IP-DL-N° 471/2006, se recomienda la emisión de una resolución administrativa que señale el procedimiento a seguir para el registro de médicos calificadores del SSO en

concordancia con lo establecido en el Decreto Supremo N° 27824, o manifiesten observaciones a la documentación presentada por los postulantes, como mal establece la parte considerativa de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, sino se limita a recomendar la emisión de **RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE REGISTRO PARA CADA MEDICO CALIFICADOR.**

Por tanto para concluir el análisis del informe SPVS-IP-DL-N° 471/2006, se comprueba que el mismo no recomendó la emisión de un Procedimiento a seguir para el registro de médicos calificadores, sino luego de un análisis sobre los resultados de los cursos impartidos por la SPVS en fecha 22, 23 y 24 de marzo del 2006, se estableció un listado de profesionales médicos que cumplieron con todos los requisitos establecidos por la normativa para habilitarse como médicos calificadores en el SSO.

Por tanto la R.A. SPVS-IP N° 336/09, es nula, siendo que no cumple con los requisitos esenciales para su existencia, los cuales están descritos en los literales b) y e) del artículo 28 de la Ley N° 2341, analizados precedentemente, es decir que no obedece a los hechos y antecedentes que sirvieron como causa del acto, en este caso, las recomendaciones de emitirse las resoluciones administrativas de registro, asimismo la R.A. SPVS-IP N° 336/09, se apartó de las razones expresadas en el informe SPVS-IP-DL-N° 471/2006, siendo que la misma resolución establece en su artículo 2 lo siguiente:

'...(Disposiciones Transitorias).- A efectos de la habilitación de Médicos Calificadores, que rindieron examen en el mes de marzo de 2006, correspondiente a las gestiones 2006 al 2009, se seguirá el siguiente procedimiento:

- I. La SPVS en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles administrativos de puesta en vigencia la presente Resolución Administrativa, deberá verificar si la documentación entregada por los solicitantes para habilitación y registro, cumple lo determinado en el Anexo I de la presente Resolución Administrativa.
- II. Si la documentación se presentara sin observaciones, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros deberá proceder a emitir Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir de la notificación con la presente Resolución.
- III. En caso de detectarse alguna observación a la documentación presentada, en fecha anterior a la vigencia de la presente Resolución Administrativa, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos, deberá notificar mediante nota al interesado, indicando qué documentos debe regularizar.
- IV. El plazo para la regularización por parte del médico será de quince (15) días hábiles administrativos, computados a partir del día siguiente de la notificación con la nota señalada en el párrafo anterior.

- V. Vencido dicho plazo, sin haberse presentado la documentación observada, o haberla presentado de forma errónea, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, rechazará el trámite mediante nota, debiendo el médico recoger su documentación directamente de la Intendencia de Pensiones, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computados desde el vencimiento para la entrega de la documentación regularizada.
- VI. En caso de que la nueva documentación se encontrara libre de observaciones la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitirá la Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir del día siguiente hábil administrativo al vencimiento del plazo para la regularización de documentos.
- VII. Aquellos médicos que no hubieren presentado su solicitud de registro, podrán hacerlo en un plazo no mayor a (3) tres meses de puesta en vigencia la presente Resolución Administrativa.
- VIII. Si no presentaren toda la documentación requerida en dicho lapso de tiempo, deberán rendir nuevamente el examen correspondiente, para poder habilitarse.'

Por lo que la R.A. SPVS-IP N° 336/09, fuera de estar lejos en su contenido de las recomendaciones establecidas por el SPVS-IP-DL-N° 471/2006 lo contradice, en todos sus extremos, puesto que establece un procedimiento transitorio para los médicos que rindieron el examen de habilitación el mes de marzo del 2006, estableciendo plazos y formas para que estos regularicen su documentación, y consiguientemente, si correspondiere, emitirse sus Resoluciones Administrativas de habilitación, pero resulta confuso y preocupante, puesto que en fecha **05 de julio del 2006** (Fecha del informe SPVS-IP-DL- N° 471/2006) se tenía ya un listado de médicos que **cumplieron con todos los requisitos que establece la norma,** y que solamente deberían esperar a ser notificados con la resolución administrativa de registro.

Asimismo, la R.A. SPVS-IP N° 336/09 es contradictoria con el mismo Decreto Supremo N° 27824, en que se sustenta puesto que el mismo establece claramente que:

*'...Los profesionales que hubieren aprobado el examen podrán registrarse en el plazo máximo de doce (12) meses posteriores a la fecha de emisión del certificado de aprobación...'*

Puesto que, si bien hasta la fecha no se emitieron los correspondientes certificados de aprobación (Situación también recomendada por el Informe SPVS-IP-DL- N° 471/2006), y ante la hipótesis que se emitieran dichos certificados en la presente gestión, **ya no tendrían efectos jurídicos** puesto que los mismos se relacionan con las gestiones **2006- 2008** (tal como lo establece el Artículo 15 del Decreto Supremo N° 27824 – reconocido por la misma SPVS mediante el informe SPVS-IP-DL-N° 471/2006); por lo tanto los certificados de aprobación así como las

Resoluciones Administrativas de Habilitación sugeridas en el procedimiento transitorio de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, violentarían el principio de eficacia de los actos administrativos, siendo que los mismos, bajo las condiciones establecidas en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, NO CUMPLIRÍAN SU FINALIDAD FUNDAMENTAL QUE ES LA HABILITACIÓN DE MÉDICOS CALIFICADORES, siendo que transcurrió el tiempo de su vigencia (gestiones 2006 – 2008); dicho principio es recogido por la Ley N° 2341, en su artículo 4, literal j), que transcribimos a continuación: '...Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas...'

#### **INFORME INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009 DE FECHA 26 DE MARZO DEL 2009**

Si bien dicho informe no corresponde al procedimiento recursivo planteado contra la R.A. SPVS-IP N° 336/09, dicho acto se encuentra directamente relacionado con este último pues el mismo sustenta a la R.A. SPVS-IP N° 211/09 de fecha 27 de marzo del 2009, que resuelve lo siguiente:

'...Artículo 2°.- Se determina la suspensión de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 1052 de 31 de diciembre de 2008, hasta después de treinta (30) días hábiles administrativos del día del examen para la habilitación de médicos calificadores que la SPVS vaya a convocar...'

Así pues dicho informe establece lo siguiente – Pág. 17 – 1. Responsabilidad de Capacitación: '...Sin embargo, en este tema, considerando lo mencionado por la EEC en las dos Audiencias celebradas en relación a la vigencia de la RA 1052 y la importancia del curso de actualización del Manual Único de Calificación, **cuya concreción, propiciada por la SPVS, se dará en algunas semanas,** se recomienda considerar la postergación de la aplicación de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 1052 de 31 de diciembre de 2008 que aprueba las modificaciones al Manual Único de Calificación del SSO hasta la conclusión de dicho curso y la respectiva habilitación de los médicos calificadores...'

De la lectura anterior, y ante el panorama incierto sobre el actual registro de médicos calificadores y la vigencia del mismo, lo cual deja a nuestra Entidad en un escenario de inseguridad jurídica, para el cumplimiento de las funciones encomendadas mediante el Decreto Supremo N° 27824; así como ante la eventualidad de no haber contado con los exámenes de actualización desde la gestión del 2006 (siendo que dicho evento no tuvo resultados concretos hasta la fecha conforme lo reconoce la misma R.A. SPVS-IP N° 336/09), es necesario se concrete la realización de los cursos de actualización para los médicos calificadores conforme a las modificaciones establecidas en la R.A. SPVS-IP N° 1052/08, tal como la misma SPVS concluyó mediante el informe INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009, en fecha **26 de marzo del 2009.**

#### **CONCLUSIONES**

Sobre el análisis realizado en el presente memorial se concluye con lo siguiente:

- La R.A. SPVS-IP N° 336/09, no guarda relación con los actos y normativa que supuestamente la fundamentan es decir los artículos 14 y 15 del Decreto Supremo N° 27824, y el Informe Legal SPVS-DL-N° 471/06 de fecha 05 de julio

del 2006, por tanto dicho acto carece de causa y fundamento, requisitos esenciales en todo acto administrativo conforme lo establece el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

- Se debe solicitar a la AP, señalar de manera clara y precisa las fechas en que se concretarán los cursos de actualización y habilitación para médicos calificadoros para el SSO, en atención a lo dispuesto por la SPVS mediante su informe INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009 de fecha 26 de marzo del 2009, siendo que los últimos cursos de actualización fueron realizados en marzo del 2006, y que los mismos no lograron su finalidad fundamental de habilitación de médicos calificadoros, tal como lo reconoce la R.A. SPVS-IP N° 336/09
- De conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley N° 2341, siendo evidente que el registro de médicos calificadoros no se encuentra actualizado, ni se refleja la situación actual de habilitación de médicos para ejercer la función de calificación, situación que deja en una situación de inseguridad jurídica a la EEC, es necesario la apertura de un período probatorio conforme lo establece el artículo 47 de la Ley N° 2341, y artículos 30 y 50 del Decreto Supremo N° 27175, y se realice una revisión y certificación sobre la situación actual de médicos habilitados para el ejercicio de la calificación en el SSO.

### **PETITORIO**

Por todo lo expuesto y de conformidad al artículo 90 del Decreto Supremo N° 27113, siendo que los informes SPVS-IP-DL-N° 471/2006 de fecha 05 de julio del 2006, que sustenta a la R.A. SPVS-IP N° 336/09 y INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009 de fecha 26 de marzo del 2009, que sustenta la R.A. SPVS/IP N° 211/09, fueron de conocimiento de la EEC posterior a la presentación del Recurso de Revocatoria contra la R.A. SPVS-IP N° 336/09 de fecha 30 de abril del 2009, y que los mismos se encuentran estrechamente vinculados al presente proceso recursivo, es necesario se incluyan en el análisis los mismos, así como los argumentos expuestos en el presente memorial, por otro lado es necesario modificar nuestras pretensiones procesales, por lo anterior, modificamos nuestro petitorio planteado mediante el recurso de revocatoria de fecha 04 de septiembre del 2009, solicitando la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP N° 336 DE 30 DE ABRIL DEL 2009, conforme a los argumentos expuestos tanto en el recurso de revocatoria presentado por la EEC, y los argumentos expuestos en el presente memorial.

Asimismo y conforme lo establece el INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009, solicitamos se señale fecha cierta de la realización de los cursos de actualización y habilitación sobre los Médicos Calificadoros del SSO.

Finalmente, conforme lo establecen los artículos 18 y 47 de la Ley N° 2341, y artículos 30 y 50 del Decreto Supremo N° 27175, solicito la apertura de período probatorio, dentro del cual se revise y publique el registro actualizado de médicos calificadoros habilitados para el ejercicio de la calificación en el SSO al presente' (...)"

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/AP/DJ/N° 80.2009 DE 01 DE OCTUBRE DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 80.2009 de 01 de octubre de 2009, notificada a la Entidad Recurrente el 05 de octubre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resolvió confirmar la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009, bajo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

**“CONSIDERANDO:**

*Que, el Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre de 2004 norma el procedimiento que debe seguirse para la calificación del origen, causa, grado y fecha de invalidez para las prestaciones de invalidez y el origen y causa para las prestaciones por fallecimiento de los Afiliados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO).*

*Que, el citado Decreto Supremo N° 27824, señala en su Capítulo IV, Registro de Médicos Calificadores del SSO lo siguiente:*

*‘ARTICULO 14.- (REQUISITOS DE HABILITACIÓN).-La SPVS mantendrá un registro de médicos habilitados para ejercer la función de calificadores en el SSO.*

*Podrán acceder a dicho registro las personas que cumplan con los siguientes requisitos:*

- 1. Ser médico de profesión*
- 2. Estar inscrito en el Colegio Médico*
- 3. Haber aprobado el examen con un puntaje igual o mayor a setenta por ciento (70%) acreditado por el Certificado de aprobación emitido por la SPVS, sobre:*
  - a) Uso del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez – MANECGI y la Lista de Enfermedades Profesionales - LEP*
  - b) Marco normativo de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 – Ley de Pensiones y normas conexas.*
  - c) Marco normativo de la Ley de Higiene y Seguridad Industrial.*
- 4. Acreditar al menos cinco (5) años de experiencia laboral en su área de especialización.*
- 5. No haber sido sujeto de proceso penal con sentencia ejecutoriada con pena privativa de libertad’*

*Que, el artículo 15 del citado Decreto Supremo N° 27824, determina que:*

*ARTICULO 15.- (ACTUALIZACIÓN) ‘...Los profesionales del Registro de Médicos Calificadores de la SPVS deberán rendir nuevamente el examen en el uso del MANECGI y la LEP, al menos una vez cada dos (2) gestiones anuales, dependiendo de la periodicidad de los exámenes que organice la SPVS...’.*

*Que, en tal sentido la **ex SPVS** emitió la **R.A. 336/2009** para establecer un procedimiento que incluya las obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades, excusas, recusaciones y otros que deben regir el accionar del Médico*

Calificador del SSO, dentro del marco de estricta sujeción al ordenamiento jurídico, para evitar que la calificación se realice en sujeción a otros intereses diferentes al marco legal existente, a fin de lograr equidad, transparencia en la calificación y sancionando el incumplimiento de la normativa por ejercicio contrario a la ética y a lo dispuesto en la norma vigente (...).

Que, mediante memorial de fecha 03 de septiembre de 2009, recibido en fecha 04 de septiembre de 2009, la EEC interpone Recurso de Revocatoria contra la **R.A. 336/2009**, donde expresa los fundamentos y agravios que motivan el petitorio de revocatoria parcial, solicitando además Audiencia Pública.

Que, con el fin de cumplir el procedimiento administrativo, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, mediante Auto de fecha 09 de septiembre de 2009, señala Audiencia para la exposición y fundamentación de argumentos.

Que, en fecha 17 de septiembre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia en instalaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, con la asistencia del representante legal de la EEC y funcionarios de la AP, suscribiéndose el Acta correspondiente.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP pronunciarse sobre los argumentos contenidos en el Recurso de Revocatoria planteado por el recurrente y los fundamentos expuestos en Audiencia, como se procede a continuación:

- ‘...Es necesario que nuestra entidad sea informada de manera frecuente y dentro los plazos razonables sobre habilitación, registro y cancelación de registro de médicos calificadores en el SSO, situación que no se encuentra consagrada en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, por lo que solicitamos la inclusión de los(sic) formas y plazos en que la EEC sería informada de manera oportuna sobre la situación y modificaciones a la Lista de Médicos calificadores registrados para la calificación del SSO, eso garantizará las funciones y finalidades de nuestra entidad’

Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, la actividad y la actuación de la administración es pública, salvo que esta u otras leyes la limiten. La **R.A. 336/09**, en su artículo tercero y cuarto del Anexo I, disponen:

#### **‘TERCERO.- (HABILITACIÓN Y REGISTRO)**

...Dicha Resolución Administrativa de registro, será notificada a los interesados y publicada en la página WEB de la SPVS, para efectos de publicidad...’

#### **‘CUARTO.- (VIGENCIA DE LA HABILITACIÓN Y REGISTRO).-**



*...En ambos casos, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, eliminará el nombre del médico calificador de la lista que se publica en la página WEB...'*

Que, la R.A. 336/2009 al disponer que la información de médicos calificadores sea notificada a los interesados y publicada en la página WEB, se enmarca en lo establecido por la Ley N° 2341.

- *'En consideración a que los miembros del Tribunal Médico de Calificación (TMC) fueron habilitados en fecha anterior a la vigencia de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, dicha determinación tendría efectos directos en nuestro cuerpo colegiado, en el entendido de no ejecutarse los citados cursos de actualización y consecuente examen de habilitación en la presente gestión (considerándose que han transcurrido 8 meses), por lo que consideramos que dicho precepto debería modificarse suprimiendo los efectos de inhabilitación establecidos en el citado acto administrativo.'*

Que, el artículo 2, numeral IX, dispone:

*'La obligación de actualización del médico calificador habilitado por el presente procedimiento transitorio, o en fecha anterior, debe efectivizarse en los cursos a impartirse en la presente gestión, caso contrario el médico calificador quedará inhabilitado'.*

En consecuencia, la inhabilitación de los médicos calificadores que fueron habilitados en fecha anterior a la vigencia de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, se produciría en caso que los mismos no participen en el curso de actualización a impartirse por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP en la presente gestión, ni aprueben el examen correspondiente.

- *'De lo anterior, considerando las situaciones de prohibiciones normativas a calificar ciertos casos, inhabilitación o cancelación de registro por las diferentes circunstancias establecidas en la R.A. SPVS-IP N° 336/2009, estas reducen la oferta de médicos calificadores habilitados, situación que resulta compleja para la prosecución de las funciones y finalidades esenciales de nuestra entidad, es por esta razón que solicitamos la inclusión de un procedimiento que permita a la parte interesada solicitar, la programación y realización del examen de habilitación para posibilitar la calificación en el SSO, sustentando nuestra posición en el hecho que el regulador por mandato de la norma es responsable de la ejecución del Examen de habilitación y consecuente registro de médicos calificadores.'*

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, cuenta con la competencia para determinar el momento adecuado y necesario para programar la realización de exámenes para médicos calificadores; en consecuencia, las sugerencias realizadas por los regulados serán consideradas y

evaluadas por esta Autoridad, sin ser necesario emitir un procedimiento para el efecto.

- *'De lo anterior se evidencia que la citada norma es oscura e imprecisa y puede provocar problemas en sus alcances y aplicabilidad siendo que dicho precepto no establece con claridad las formas materiales en que el médico pudiere emitir 'criterio sobre el caso a calificarse' siendo amplias las formas de la manifestación de dicha expresión, por lo que solicitamos se modifique o suprima dicho precepto normativo, considerando los efectos jurídicos que en su aplicación pueden acarrear'*.

*Que, la recusación es un medio previsto por la norma para asegurar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial revistiendo carácter excepcional y restrictivo, asemejándose dicha función a la del médico calificador.*

*Que, en cuanto a la causal referida a emitir criterio sobre un caso en particular, importa prejuzgar, lo que es igual a emitir opinión precisa y fundada sobre puntos concretos que deberán ser motivo de decisión, antes de la oportunidad fijada para pronunciarse. En consecuencia el prejuzgamiento solo se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas.*

*Que, en ese sentido la causal señalada en el numeral 3 del artículo Octavo de la **R.A. 336/2009**, se encuentra claramente establecida, en el entendido de que la excusa es la abstención espontánea que debe manifestar el médico cuando concurra en alguna de las circunstancias que hagan dudosa la imparcialidad de su accionar en cuanto a los casos que son de su conocimiento de manera directa o indirecta.*

- *'La R.A. SPVS-IP N° 336/09, no establece una concepción clara de lo que debe entenderse una cancelación temporal, por otra parte establece causales para la aplicación de la misma, pero que las mismas se confunden con la simple inhabilitación...'*  
*'...Dicha precisión tiene su fundamento en los artículos Tercero y Cuarto del mismo cuerpo normativo, pero que resultan en la realidad artificiosos al establecer una cancelación temporal del registro por causales de incumplimiento de la obligación de actualización que tienen los médicos calificadores, pues la normativa establece la inhabilitación, sea por la inasistencia o la falta de suficiencia en el examen de actualización al que debe acudir dicho profesional, pero de ninguna manera se podría pretender asignarle una categoría de temporalidad, pues en la realidad la cancelación del registro es definitiva y depende de la voluntad del médico de solicitar dentro de los plazos establecidos para el efecto su habilitación para calificar en el SSO'.*

Que, importa primero aclarar que el término inhabilitación significa la prohibición para desempeñar determinadas funciones, así como para ejercitar ciertos derechos; sobre la base del tiempo que dure dicha inhabilitación, la misma es permanente si dura por toda la vida y temporal si solo dura el tiempo de la pena principal.

Que, la disposición administrativa de cancelación temporal de registro, contenida en la **R.A. 336/2009**, como norma regulatoria no conlleva la extinción de un derecho o de una situación determinada, dependiendo de la voluntad del médico calificador el cumplir con los requisitos de habilitación.

- ‘...De los preceptos anteriores, resulta nuevamente confuso el establecimiento de categorías tales como la falta de excusa que a su vez es repetido por el artículo séptimo al que recurre la segunda causal, considerando que dichas eventualidades obedecen a una infracción de la normativa, lo cual conforme el artículo 63 del Decreto Supremo N° 27175, conlleva al inicio de proceso sancionatorio.’

Que, los incisos b) y g) del artículo 49 de la Ley de Pensiones, establecen como funciones del regulador controlar, supervisar y sancionar a las entidades que se encuentran bajo su jurisdicción de acuerdo a la normativa vigente de pensiones. Por tanto, es potestad de esta autoridad el determinar el inicio de procesos sancionatorios cuando existan indicios de incumplimiento a la normativa vigente, sin que se requiera que esta facultad este enunciada expresamente en la norma regulatoria.

- ‘Tal como se manifestó precedentemente existe una terminología ambigua y confusa, pues en cuanto a la Cancelación definitiva del registro, no establece una clara conceptualización de la misma, por otra parte existe, al igual que la anterior, una deficiencia conceptual en el término definitiva, pues no se aclara si este término refiere a la pérdida de la posibilidad de manera permanente de que el profesional sancionado se habilite nuevamente para calificar en el SSO’.

Que, el término definitivo se entiende como aquella acción que pone fin a un determinado asunto, por lo que en el caso que nos corresponde, si el Médico Calificador incurre en alguna de las causales determinadas en el párrafo II del artículo noveno del Anexo I de la **R.A. 336/09**, será sujeto a la cancelación definitiva de su registro y no podrá actuar como Médico Calificador del SSO, salvándose el derecho del médico para aclarar documentalmente su situación dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificado con la Resolución Administrativa de Cancelación de Registro.

- ‘Sobre la causal de ‘...Si Califica cuando no se encuentra habilitado...’, encontramos la misma, como ya se enfatizó anteriormente que dicha acción corresponde a una infracción a la normativa vigente,

*específicamente al artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, por lo que corresponde un proceso sancionatorio en los lineamientos ya expuestos'.*

*Que, como se ha señalado precedentemente, los incisos b) y g) del artículo 49 de la Ley de Pensiones, establecen como funciones del regulador controlar, supervisar y sancionar a las entidades que se encuentran bajo su jurisdicción de acuerdo a la normativa vigente de pensiones. Por tanto, es potestad de esta Autoridad el determinar el inicio de procesos sancionatorios cuando existan indicios de incumplimiento a la normativa vigente, sin que se requiera que esta facultad este enunciada expresamente en la norma regulatoria.*

- *'...consideramos desafortunada la redacción del artículo Noveno, pues carece de claridad, no cuenta con conceptos claros y confunde la acción u omisión del médico calificador con la consecuencia (que en este caso sería la cancelación del registro), por lo que consideramos se debe reformular el citado artículo, estableciendo un contenido(sic) mínimo que respete los principios básicos de procedimiento sancionador, (conforme lo reconoce el artículo 62 del Decreto Supremo No. 27175), tales como Seguridad jurídica, respeto al debido proceso y la sujeción a los principios establecidos en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, identificados como principios sancionatorios...'*

*Que, el artículo noveno establece claramente las circunstancias por las cuales el médico calificador puede inhabilitarse por una cancelación temporal o definitiva, en ambos casos las causales se encuentran descritas en dicho artículo.*

- *'...Es necesario se establezcan e identifiquen claramente las acciones u omisiones que infrinjan a la normativa dentro del campo de la calificación en el SSO, por otro lado se debe establecer la graduación y clasificación de las sanciones...'*

*Que, el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, cuyo capítulo VII establece el Régimen de las Sanciones, su alcance, calificación de gravedad y forma de aplicación, por lo que no se requiere normativa adicional.*

- *'...Dicha redacción presenta deficiencias conceptuales sobre la nulidad y anulabilidad de un acto jurídico, establece responsabilidades a actores que no gobiernan en decisiones que corresponde al fuero interno e íntimo del profesional calificador tales como vincularse de manera contractual a más de una entidad operadora en el SSO, incurrir en infracciones a la normativa vigente que conlleven a un proceso sancionatorio que concluya en una resolución sancionatoria definitiva y firme en sede administrativa, en excusarse y calificar sin la coparticipación de los miembros del cuerpo colegiado conforme a normativa.*

*Por lo anterior es necesario delimitar las circunstancias de una anulabilidad de procedimiento...'*

*...Por otro lado la nulidad repercute en los elementos esenciales que configuran el nacimiento de cualquier acto jurídico...'*

*Que, los actos nulos carecen de validez por sí mismos, y los anulables son válidos mientras no se declare su nulidad y solo se tendrán por nulos desde el día en que así se los declare. Al dar la **R.A. 336/2009** el carácter de anulable al Dictamen emitido por el Médico Calificador que incurra en las prohibiciones comprendidas en su artículo Séptimo, se está preservando el derecho del Afiliado o de sus Derechohabientes para subsanar el trámite iniciado en el SSO.*

- *'...Sería coherente establecer un mecanismo de denuncia sobre acciones u omisiones que atenten contra la normativa del SSO por parte de los médicos calificadores vinculados a los diferentes operadores y de darse el caso el inicio del correspondiente proceso sancionador...'*

*Que, se reitera lo expresado respecto a los incisos b) y g) del artículo 49 de la Ley de Pensiones(...)"*

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 19 de octubre de 2009, la Entidad Encargada de Calificar (EEC) A.C. interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa/AP/DJ/Nº 80.2009 bajo los siguientes argumentos:

##### **"I. ANTECEDENTES**

1. La SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 392 de fecha 04 de mayo de 2009, ha determinado en su artículo primero lo siguiente:

*'...Primero.- En cumplimiento del Numeral 1 de la Disposición Transitoria Décimo Quinta del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, se dispone la SUSPENSIÓN de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como los plazos por solicitudes presentadas ante la SPVS y en otros trámites; plazos que serán reiniciados en cada caso, una vez notificado el interesado con la RADICATORIA del proceso dispuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero o del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas conforme corresponde en el ámbito del artículo 34º del citado Decreto.*

*Segundo.- En aplicación del artículo 34º de la Ley Nº 2341, la presente Resolución Administrativa, deberá ser publicada en órgano de prensa de circulación nacional...'*

*Dicho acto administrativo fue publicado en fecha 05 de mayo de 2009.*

2. La SPVS notifica a la EEC con la Resolución Administrativa SPVS-IP N°. 336/09 en fecha 06 de mayo de 2009, (que en lo principal aprueba el Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo), es decir **dentro de los términos de suspensión de plazos** establecidos en la R.A. SPVS N° 392/09.
3. La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) ha emitido la Resolución Administrativa AP/DJ N° 6-2009 de fecha 10 de julio del 2009, que establece lo siguiente:  
'...Primero.- I. Se dispone levantar la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios dispuesta mediante Resolución Administrativa SPVS N° 392 de 4 de mayo de 2009...  
III. Para los demás trámites y actos administrativos, el levantamiento de suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios será aplicado a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa...'  
Dicho acto administrativo fue notificado mediante órgano de prensa en fecha **12 de julio del 2009.**
4. El Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece en su artículo 48 que:  
'...El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada...'
5. La EEC, en estricto cumplimiento al plazo establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, interpuso Recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 336/09 de fecha 30 de abril de 2009, en fecha **04 de agosto de 2009,** exponiendo fundamentos de hecho y de derecho así como presentando la documentación pertinente.
6. La EEC es notificada con Auto de radicatoria de fecha 07 de agosto del 2009, emitido por la AP, que en lo principal resuelve lo siguiente:  
'...I. Se dispone la radicatoria de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009 que aprueba el Procedimiento para Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de largo Plazo.  
II. El plazo de la etapa procesal en que se encuentre el procedimiento administrativo, será nuevamente computado a partir de la notificación correspondiente con el presente Auto...'  
Dicho acto administrativo fue notificado en secretaría de la EEC en fecha **14 de agosto de 2009.**
7. La EEC es notificada con Auto de fecha 18 de agosto de 2009, emitido por la AP que en lo principal indica en su parte considerativa lo siguiente:  
'...Que, con Auto de 7 de agosto de 2009 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, dispone la radicatoria del proceso administrativo regulatorio respecto al 'Manual de Procedimiento para

médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo'. Debiendo los regulados considerar el plazo de la etapa procesal correspondiente, el cual fue nuevamente computado a partir de la notificación a las partes con la radicatoria del proceso.

Que, mediante memorial de fecha 03 de agosto de 2009 la EEC interpone Recurso de Revocatoria con la R.A. 336/2009, recepcionada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, en fecha 04 de agosto de 2009.

Que, de acuerdo a lo expuesto, se establece que el regulado habría presentado con anterioridad a la radicatoria del proceso administrativo, el memorial por el cual interpone el Recurso de Revocatoria con la R.A. 336/2009, sin considerar lo dispuesto por Auto de 7 de agosto de 2009, que expresamente determina la prosecución formal del proceso.

Que, en ese entendido, encontrándose aún vigente el plazo para poder impugnar cualquier resolución que a criterio del sujeto regulado, afecte, lesione o cause perjuicio de sus derechos subjetivos o intereses legítimos; la EEC podrá utilizar los medios recursivos permitidos por la normativa administrativa...'

Asimismo dicho acto administrativo establece en su parte resolutive:

'... Estese a lo resuelto por Auto de 07 de agosto de 2009, publicado en medio de prensa de circulación nacional en fecha 14 de agosto de 2009...'

8. La EEC mediante memorial de fecha 26 de agosto de 2009, ha solicitado la aclaración y complementación del Auto de fecha 18 de agosto de 2009, mismo que **NO** está referido al fondo del recurso de revocatoria.
9. En estricto cumplimiento a lo establecido en los Autos de fecha 07 de agosto de 2009 y 18 de agosto de 2009, dentro del plazo establecido por el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, considerando como fecha de inicio de cómputo de plazos administrativos el **14 de agosto de 2009** (notificación en secretaría de la EEC y Publicación en medio escrito de prensa de Circulación nacional), se interpone nuevamente recurso de revocatoria en fecha 04 de septiembre de 2009, solicitando en dicha oportunidad mediante Otrosí 2do. la realización de Audiencia Pública para exposición de fundamentos referidos al recurso de revocatoria, adicionalmente mediante el Otrosí 3ero. se solicitó lo siguiente:  
'...En consideración a que el informe legal SPVS-DL N° 471/06, ha motivado la emisión de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, invocando la facultad establecida en el artículo 28 del Decreto Supremo N° 27175, solicitamos copia del citado informe, siendo que el mismo forma parte del acto sujeto al presente proceso recursivo...'
10. La AP mediante Auto de fecha 09 de septiembre de 2009, resolvió mediante artículo único lo siguiente:  
'...I. Se señala audiencia para la exposición de fundamentos solicitada por la Entidad Encargada de Calificar, a ser realizada el día 17 de septiembre de

2009 a horas 15:30, en dependencias de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ubicada en la calle Reyes Ortiz esquina Federico Zuazo, Edificio Gundlach, Torre Este, piso 9; de la ciudad de La Paz.

II. A momento de notificarse el presente Auto, se hará entrega de una copia del informe Legal SPVS-DL-N°471/2006 de fecha 05 de julio de 2006, emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros...'

Dicho acto fue notificado en secretaria de la EEC, en fecha **15 de septiembre de 2009.**

11. Luego de la revisión del contenido del Informe SPVS-IP-DL-N°471/2006, y dentro del plazo de 20 días hábiles administrativos establecidos para resolver de(sic) dicho recurso conforme lo establece el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175, se solicitó la modificación del petitorio realizado en recurso de revocatoria, conforme a lo siguiente:

'...Por todo lo expuesto y de conformidad al artículo 90 del Decreto Supremo N° 27113, siendo que los informes SPVS-IP-DL-N°471/2006 de fecha 05 de julio de 2006 que sustenta a la R.A. SPVS-IP N° 336/09, y INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009 de fecha 26 de marzo de 2009, que sustenta la R.A. SPVS/IP N° 211/09, fueron de conocimiento de la EEC posterior a la presentación del Recurso de Revocatoria contra la R.A. SPVS-IP N° 336/09 de fecha 30 de abril del 2009, y que los mismos se encuentra(n) estrechamente vinculados al presente proceso recursivo, es necesario se incluyan en el análisis del mismo, así como los argumentos expuestos en el presente memorial, por otro lado es necesario modificar nuestras pretensiones procesales, por lo anterior, modificamos nuestro petitorio planteado mediante el recurso de revocatoria de fecha 04 de septiembre de 2009, solicitando la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP N° 336 DE 30 DE ABRIL DE 2009, conforme a los argumentos expuestos tanto en el recurso de revocatoria presentado por la EEC, y los argumentos expuestos en el presente memorial.

Asimismo y conforme lo establece el INF/SPVS/IP/DPC/R/043/2009, solicitamos se señálese(sic) fecha cierta de la realización de los cursos de actualización y habilitación sobre el(sic) Médicos Calificadores del SSO.

Finalmente, conforme lo establece(n) los artículos 18 y 47 de la Ley N° 2341, y artículos 30 y 50 del Decreto Supremo N° 27175, solicito la apertura de período probatorio, dentro del cual es(sic) revise y publique el registro actualizado de médicos calificadores habilitados para el ejercicio de la calificación en el SSO al presente...'

12. La AP mediante Auto de fecha 02 de octubre del 2009, consideró lo siguiente:

'...Que, asimismo, en el memorial de fecha 30 de septiembre de 2009, presentado el 01 de octubre de 2009 por la EEC, conforme lo establece(n) los artículo(s) 18 y 47 de la Ley N° 2341 de 23 de abril del 2002 y artículos 30 y 50 del Decreto Supremo N° 27175, solicita la apertura de período probatorio.



Que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ha emitido la Resolución Administrativa N° 80.2009 de 01 de octubre de 2009, que resuelve el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N°336/2009 de 30 de abril de 2009...'

Determinando lo siguiente:

'...Único.- Estese a los(sic) resuelto por la Resolución Administrativa N° 80.2009 de fecha 01 de octubre de 2009...'

Dicho acto fue notificado en secretaría de la EEC en fecha **05 de octubre de 2009.**

13. La AP (h)a notificado a la EEC con la resolución Administrativa/AP/DJ/N° 80.2009 de fecha 01 de octubre de 2009, que resuelvo(sic) lo siguiente:

'...Único.- Confirmar totalmente la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros...'

Dicho acto fue notificado en secretaría de la EEC en fecha **05 de octubre de 2009.**

### **III. FUNDAMENTACIÓN**

En estricto análisis tanto de los elementos constitutivos del acto administrativo recurrido, su contenido y el consecuente proceso administrativo recursivo que concluyó con la R.A./AP/DJ/N° 80.2009, se evidencia la presencia de diferentes vicios que atentan a la normativa vigentes(sic) y a los principios del procedimiento administrativo, por lo que exponemos cada uno de los mismos para su consideración:

#### **VICIOS EN LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA R.A. SPVS-IP N° 336/2009**

INFORME SPVS-IP-DL-N° 471/2006 DE FECHA 05 DE JULIO DEL 2006

Es preciso manifestar previo al análisis de dicho informe, que el mismo fue el fundamento (motivación) para la emisión del acto administrativo materializado mediante la R.A. SPVS-IP N° 336/09, tal como lo reconoce este último en su parte considerativa que transcribimos a continuación:

'Que, el Informe Legal SPVS-DL-N° 471/06, **pronuncia la recomendación de emitir una Resolución Administrativa a seguir para el Registro de Médicos Calificadores del SSO, en concordancia con lo determinado por el Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre de 2004.**

Que, **en tal sentido es imperativo emitir una Resolución Administrativa que establezca el procedimiento que deben seguir los Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo...**' (El subrayado y negrillas es nuestro).

De lo anterior acudimos a los preceptos normativos contenidos en los artículos 14 y 15 del Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre del 2004, que fueron introducidos en la parte considerativa in extenso, de la recurrida R.A. SPVS-IP N° 336/09, que transcribimos para mayor detalle a continuación:

'...Artículo 14.- (Requisitos de Habilitación).- La SPVS mantendrá un registro de médicos habilitados para ejercer la función de calificadores en el SSO.

Podrá acceder a dicho registro las personas que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Ser médico de profesión
2. Estar inscrito en el Colegio Médico
3. Haber aprobado el examen con un puntaje igual o mayor a setenta por ciento (70%), acreditado por el Certificado de aprobación emitido por la SPVS, sobre:
  - a) Uso del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez-MANECGI y la Lista de Enfermedades Profesionales-LEP
  - b) Marco normativo de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 – Ley de Pensiones y normas conexas
  - c) Marco normativo de la Ley de Higiene y Seguridad Industrial
4. Acreditar al menos cinco (5) años de experiencia laboral en su área de especialización
5. No haber sido sujeto de proceso penal con sentencia ejecutoriada con pena privativa de libertad.

Las personas que deseen inscribirse en el registro y habilitarse como calificadores podrán hacerlo en las oficinas de la SPVS presentando copia de su Documento de Identidad, copia de su Título Profesional, Registro al Colegio Médico, Certificado de aprobación de la SPVS y Currículum Vitae.

Los profesionales que hubieran aprobado el examen podrán registrarse en el plazo máximo de doce (12) meses posteriores a la fecha de emisión del Certificado de aprobación.

Artículo 15.- (Actualización).- Los profesionales del Registro de Médicos Calificadores de la SPVS deberán rendir nuevamente el examen en el uso del MANECGI y la LEP, al menos una vez cada dos (2) gestiones anuales, dependiendo de la periodicidad de los exámenes que organice la SPVS.

Los médicos que no aprueben dicho examen o los que no se presenten al mismo cuando es(sic) corresponda, serán automáticamente inhabilitados para ejercer la función de médico calificador, pudiendo habilitarse nuevamente una vez que aprueben un examen posterior, cumpliendo lo establecido en el Artículo anterior...'

Consiguientemente, concluimos que la R.A. SPVS-IP N° 336/09 se sustenta en dos pilares.

- a) **La normativa vigente, en especial el Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre de 2004, en la parte referida a los requisitos para la habilitación y registro de los médicos calificadores del SSO.**
- b) **Las recomendaciones emitidas por el Informe Legal SPVS-DL-N° 471/06 de fecha 05 de julio del 2006.**

Decreto Supremo N° 27824

Los preceptos normativos contenidos en el Decreto Supremo N° 27824, sobre el presente caso, hacen alusión a los requisitos que deben cumplir aquellas

personas que deseen habilitarse como médicos calificadoros en el SSO, asimismo la obligatoriedad de su actualización al menos **CADA DOS (2) GESTIONES ANUALES**, estableciendo como requisitos esenciales para la habilitación los siguientes:

1. Ser médico de profesión
2. Estar inscrito en el Colegio Médico
3. Haber aprobado el examen con un puntaje igual o mayor a setenta por ciento (70%) acreditado por el Certificado de aprobación emitido por la SPVS, sobre:
  - a) Uso del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez – MANECGI y la Lista de Enfermedades Profesionales - LEP
  - b) Marco normativo de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 – Ley de Pensiones y normas conexas.
  - c) Marco normativo de la Ley de Higiene y Seguridad Industrial.
4. Acreditar al menos cinco (5) años de experiencia laboral en su área de especialización.
5. No haber sido sujeto de proceso penal con sentencia ejecutoriada con pena privativa de libertad(d)

Las personas que deseen inscribirse en el registro y habilitarse como calificadoros, podrán hacerlo en las oficinas de la SPVS presentando copia de su Documento de Identidad, copia de su Título Profesional, Registro al Colegio Médico, Certificado de aprobación de la SPVS y Currículum Vitae.

Los profesionales que hubieran aprobado el examen podrán registrarse en el plazo máximo de doce (12) meses posteriores a la fecha de emisión del Certificado de aprobación.

Por el análisis de la normativa establecida en el Decreto Supremo N° 27824, encontramos que lo dispuesto por la R.A. SPVS-IP N° 336/09, se aleja de lo dispuesto por el citado Decreto Supremo pues de una simple revisión de dicho acto administrativo encontramos que el mismo dispone en sus disposiciones transitorias – artículo 2, un período superior a las dos gestiones anuales, al establecer:

‘...A efectos de la habilitación de médicos calificadoros, que rindieron examen en el mes de marzo de 2006, correspondiente a las gestiones **2006 al 2009...**’

Asimismo, resulta confusa dicha determinación, siendo que la misma R.A. SPVS-IP N° 336/09 se(sic) dispone en su anexo I, artículo cuarto lo siguiente:

‘...VII. Aquellos médicos que no hubieren presentado su solicitud de registro, podrán hacerlo en un plazo no mayor a (3) tres meses de puesta en vigencia la presente Resolución Administrativa..’, siendo que dicho acto se puso en vigencia conforme a Auto de radicatoria a partir de la fecha **14 de agosto del 2009**, sobrepasando abundantemente el plazos(sic) establecido por el citado Decreto Supremo.

Finalmente, la R.A. SPVS-IP N° 336/09 es contradictoria con el Decreto Supremo N° 27824, del que se sustenta puesto que el mismo establece claramente que: '...Los profesionales que hubieren aprobado el examen podrán registrarse en el plazo máximo de doce (12) meses posteriores a la fecha de emisión del certificado de aprobación...'

Puesto que, si bien hasta la fecha no se emitieron los correspondientes certificados de aprobación (situación que es recomendada por el Informe SPVS-IP-DL- N° 471/2006), y ante la hipótesis que se emitieran dichos certificados en la presente gestión, ya no tendrían efectos jurídicos puesto que los mismos se relacionan con las gestiones **2006 – 2008** (tal como lo establece el Artículo 15 del Decreto Supremo N° 27824 – reconocido por la misma SPVS mediante el informe SPVS-IP-DL- N° 471/2006); por lo tanto los certificados de aprobación así como las Resoluciones Administrativas de habilitación sugeridas en el procedimiento transitorio de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, violentarían el principio de eficacia de los actos administrativos, siendo que los mismos, bajo las condiciones establecidas en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, **NO CUMPLIRÍAN SU FINALIDAD FUNDAMENTAL QUE ES LA HABILITACIÓN DE MÉDICOS CALIFICADORES**, siendo que transcurrió el tiempo de su vigencia (gestiones 2006 – 2008); dicho principio es recogido por la Ley N° 2341, en su artículo 4, literal j), que transcribimos a continuación: '...Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas...'

O por otro lado si los certificados de aprobación se emitieron en la gestión 2006, por mandato del artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, la(s) solicitudes descritas en el numeral VII de las disposiciones transitoria(s) de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, incumplirían el plazo máximo de 12 meses establecido en el citado Decreto Supremo.

#### **Las recomendaciones emitidas por el Informe Legal SPVS-DL-N° 471/06 de fecha 05 de julio de 2006.**

Sobre este acápite es necesario acudir al citado informe para el análisis de las recomendaciones arribadas por dicho acto, el cual transcribimos en sus partes pertinentes:

'...Antecedentes.-

En fecha 22, 23 y 24 de marzo de 2006, se lleva a cabo el Curso de Capacitación de Médicos Calificadores sobre Actualización de normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez y Listado de Enfermedades Profesionales. Posteriormente, en fecha 21 de abril de 2006, rinden examen 27 profesionales médicos, para ser Médicos calificadores, **de los cuales once han obtenido un puntaje mayor a sesenta(sic) puntos.**

De acuerdo **a las solicitudes planteadas por la Dra. Patricia Guadalupe Flores Salinas, la Dra. Ann Bee Lee Aguilar Ledezma, el Dr. Marcelino Cuellar Bautista y**

**el Dr.(sic) Por el Dr. Vladimir Martín Roca Calderón, en fecha 28, 19 y 30 de junio de 2006, ante la Dirección Legal, solicitando su inscripción en el Registro de Médicos Calificadores, adjuntando para el efecto su documentación original y acreditando cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto Supremo N° 27824.**

Asimismo, la Intendente de Pensiones, remite la documentación completa, mediante nota SPVS-IP-DPSSO N° 1992/2006, a la Dirección Legal en razón a que **corresponde a la misma llevar el Registro de Médicos Calificadores.**

De(l) acta emitida en fecha 24 de abril de 2006, de la calificación realizada por el(sic) Dr. Cristina Alonso se obtuvo que **aprobaron el examen a nivel nacional once profesionales médicos, con notas superiores a sesenta(sic) puntos, tal como señala la norma,** cuyos nombres se encuentra(n) consignados a continuación...'(El subrayado y negrillas es nuestro)

De la relación de hechos descrita precedentemente, se tiene conocimiento que once (11) médicos calificadores cuentan con el porcentaje mínimo requerido por el artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, asimismo que cuatro de dichos profesionales presentaron solicitud de inscripción ante la SPVS, adjuntando la documentación requerida por la normativa, ya que dichas solicitudes merecieron pronunciamiento de la Intendencia de Pensiones para su registro.

Por otra parte dicho informe expone sus conclusiones con lo siguiente:

'...En cumplimiento a la norma, debe remitirse los antecedentes y la lista de los médicos habilitados a la Intendencia de Pensiones, para la obtención del respectivo Certificado de Acreditación, de acuerdo a la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo, que señala en su artículo 18° párrafo I. (Acceso a Archivos y registros y obtención de copias) 'Las personas tienen derecho a acceder a los archivos, registros públicos y a los documentos que obren en poder de la administración pública, así como a obtener certificados o copias simples de tales documentos cualquiera sea la forma de expresión, grafica, sonora, en imagen u otras, o el tipo de soporte material en que figuren...'

**Asimismo, toda vez que el decreto(sic) N° 27824 no enuncia ningún requisito adicional a los ya cumplidos por los médicos a tiempo de presentar el examen de actualización y teniendo en cuenta que todos ellos ya han adjuntado los mismos en su expediente, corresponde incorporarlos al registro de Médicos Calificadores mediante una Resolución Administrativa de Registro.**

De acuerdo al decreto(sic) Supremo 27824, de 03 de noviembre de 2004, que establece en el artículo 14, requisitos de Habilitación, la SPVS mantendrá un registro de médicos habilitados para ejercer la función de calificadores en el Seguro Social Obligatorio.

De acuerdo al mismo Artículo 14° del decreto(sic) Supremo N° 27824, se debe habilitar como médicos calificadores sólo a quienes han aprobado el examen con un puntaje igual o mayor a sesenta(sic) por ciento (70%).

**Como todo Registro Público, el registro de Médicos Calificadores es susceptible de ser conocido por todo aquel que acredite un interés legal necesario, sin embargo, por ser partes interesadas en conocer tal información deberá ponerse en conocimiento de las AFP y aseguradoras que administran Seguros de Vida, el registro de Médicos Calificadores, con los recientemente habilitados..'** (El subrayado y negrillas es nuestro)

Sobre lo anterior es preciso puntualizar y situar el momento en que se manifestaron los resultados de los cursos realizados en fechas 22, 23, y 24 de marzo de 2006, lo que claramente, no solo concluye con un listado de profesionales médicos que cumplieron son(sic) el porcentaje mínimo de aprobación, sino más aún que cumplieron con todos los requisitos que establece la norma para ser habilitados como médicos calificadores, asimismo, se instruye informar a las partes interesadas sobre dicha información. En este punto es necesario manifestar que la EEC (como parte interesada en el proceso de habilitación de médicos calificadores) no fue comunicada con dicha situación, pese a que nuestra entidad a(sic) solicitado dicha información mediante cartas CITE:EEC-GG/001665/2006; CITE:EEC-GG/002077/2006; CITE:EEC-GG/00202/2008; y CITE:EEC-GG/00242/2008.

Finalmente, pasaremos a analizar las recomendaciones del citado informe:

'...Por lo tanto, en estricto apego a la norma se recomienda: La intendencia(sic) de Pensiones, deberá emitir los certificados de médicos habilitados como médicos calificadores a nivel nacional por el período **2006-2008..'**

'...Por lo tanto, se recomienda que los siguientes profesionales médicos sean incorporados al registro de Médicos Calificadores, para la gestión **2006 a 2008..'**

'...**Asimismo, se recomienda que la Dirección Legal deberá proyectar una Resolución Administrativa de Registro para cada médico calificador..'** (el subrayado y negrillas es nuestro).

Por la simple lectura de lo anterior, causa extrañeza que dichas conclusiones confrontadas con lo establecido por la R.A. SPVS-IP N° 336/09, no guardan congruencia ni similitud tanto en contenido como en sus conclusiones, considerándose que en fecha 05 de julio del 2006, se tuvo un contingente de profesionales que cumplieron todos los requisitos para su habilitación y registro para calificar en el SSO, y que en ningún acápite del informe SPVS-IP-DL-N° 471/2006, SE RECOMIENDA LA EMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE SEÑALE EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA EL REGISTRO DE MÉDICOS CALIFICADORES DEL SSO EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL DECRETO SUPREMO N° 27824, tal como mal sustenta la parte considerativa de la

R.A. SPVS-IP N° 336/09, menos manifiestan observaciones a la documentación presentada por los postulantes, lo cual podrían(sic) motivar la necesidad de el(sic) procedimiento transitorio dispuesto en el artículo 2do del Acto administrativo recurrido, sino que el informe SPVS-IP-DL-N°471/2006 **SE LIMITA A RECOMENDAR LA EMISIÓN DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE REGISTRO PARA CADA MEDICO CALIFICADOR.**

Por tanto, para concluir el análisis del informe SPVS-IP-DL-N° 471/2006, se comprueba que el mismo **NO** recomendó la emisión de un Procedimiento a seguir para el registro de médicos calificadores, sino luego de un análisis sobre los resultados de los cursos impartidos por la SPVS en fecha 22, 23 y 24 de marzo de 2006, se estableció un listado de profesionales médicos que cumplieron con todos los requisitos establecidos por la normativa para habilitarse como médico(s) calificadores en el SSO, asimismo dicho informe, en sus conclusiones estableció claramente:

- a) Que la intendencia(sic) de Pensiones, debió emitir los certificados de médicos habilitados como médicos calificadores a nivel nacional, por el período 2006-2008.
- b) Que se recomienda en función a lo anterior la incorporación de un contingente de médicos al Registro de Médicos Calificadores.
- c) Finalmente recomienda en función de todo lo anterior que la dirección legal debería proyectar las resoluciones administrativas para cada médico calificador.

Por lo anterior, la R.A. SPVS-IP N° 336/09, no guarda congruencia con los preceptos que supuestamente que(sic) la fundamentan que en este caso son los artículos 14, 15 del Decreto Supremo N° 27824, y el informe Legal SPVS-IP-DL-N° 471/2006, por lo (que) revisaremos los elementos esenciales de(sic) que la Resolución sujeta (a) impugnación debió contener:

### **Ley N° 2341**

#### **Artículo 28**

'...(Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales de(l) acto administrativo los siguientes:

- a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente.
- b) **Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.**
- c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
- d) Procedimiento: antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
- e) **Fundamento: deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo, y;**
- f) Finalidad, Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico...'

## **Artículo 29**

*'...Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y **su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.** Los actos serán proporcionales y **adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico...**' (Subrayado(sic) y negrillas es nuestro)*

*Por tanto la R.A. SPVS-IP N° 336/09, al carecer de causa y fundamento dicho acto es nulo de pleno derecho, siendo que no cumple con los requisitos esenciales para su existencia, los cuales están descritos en los literales b) y e) del artículo 28 de la Ley N° 2341, analizados precedentemente, es decir que no obedecen a los hechos y antecedentes que sirvieron como causa y fundamento para la emisión de dicho acto administrativo, al disponer un procedimiento transitorio apartado de lo dispuesto por los artículos 14,(sic) y 15 del Decreto Supremo N° 27824, y por otro lado al apartarse totalmente de las recomendaciones del informe SPVS-IP-DL-N°471/2006, que claramente recomendó la emisión de las resoluciones administrativas de registro para los medios(sic) que aprobaron los cursos impartidos en la gestión 2006, y que de ninguna manera guardan relación con la fundamentación expresada en la R.A. SPVS-IP N° 336/09 que indica:*

*'...Que, dicho procedimiento debe incluir las obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades, excusas, recusaciones y otros que deben regir el accionar del Médico Calificador del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, dentro del marco de estricta sujeción al Ordenamiento Jurídico, evitando que la calificación se realice en sujeción a otros intereses diferentes al marco legal existente, a fin de lograr equidad, transparencia en la calificación y sancionando el incumplimiento de la normativa por ejercicio contrario a la ética y normativa vigente...'*

*Siendo que l(a) fundamentación pudo haber emergido simplemente de la discrecionalidad, en el marco de las facultades regulatorias que el ordenamiento jurídico reconoce al regulador, pero de ninguna manera apartarse de la normativa vigente, y menos fundamentarse en actos administrativos que no corresponden a los hechos motivadores del acto administrativo.*

*Por lo que la R.A. SPVS-IP N° 336/09, al establecer un procedimiento transitorio para los médicos que rindieron el examen de habilitación el mes de marzo del 2006, estableciendo plazos y formas para que estos regularicen su documentación, y consiguientemente, si correspondiere, emitirse sus Resolución(es)Administrativas de Habilitación en la gestión 2009, contradicen los preceptos normativos que claramente establecen plazos tanto de vigencia de los certificados (de) aprobación así como las solicitudes de registro de los médicos que dieron los exámenes de capacitación sobre el MANECGI y la LEP,*



puesto que en fecha **05 de julio del 2006** (Fecha del informe SPVS-IP-DL-Nº471/2006) se tenía ya un listado de médicos que **cumplieron con todos los requisitos que establece la norma**, y que solamente deberían esperar a ser notificados tanto con los certificados a(sic) aprobación, o en su caso con las resoluciones administrativas de registro.

### **CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIDO – R.A. SPVS/IP Nº 336/09 – ANEXO I**

Continuando con el análisis corresponde analizar los aspectos de fondo de la R.A. SPVS-IP Nº337/09, que fueron argumentados en el recurso de revocatoria conforme a lo siguiente:

### **HABILITACIÓN, REGISTRO Y CANCELACIÓN DE REGISTRO DE MÉDICOS CALIFICADORES**

La R.A. SPVS-IP Nº 336/09 en su artículo 2 establece lo siguiente:

Artículo 2 (Disposiciones Transitorias)

'...II. Si la documentación se presentara sin observaciones, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros deberá proceder a emitir Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir de la notificación con la presente Resolución...'

'...VI. En caso de que la nueva documentación se encontrara libre de observaciones la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitirá la Resolución Administrativa de Habilitación en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, que se computarán a partir del día siguiente hábil administrativo al vencimiento del plazo para la regularización de documentos...'

Anexo I (R.A. SPVS-IP Nº 335/09)

Artículo tercero (Habilitación y Registro)

'...En caso de no existir observaciones a la documentación o una vez levantadas las observaciones realizadas, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en el plazo de (15) quince días hábiles administrativos, procederá a la habilitación e inscripción en el Registro de Médicos Calificadores del SSO. Para este efecto deberá emitir una Resolución Administrativa para cada solicitud... Dicha Resolución Administrativa de Registro, será notificada a cada interesado, y publicada en la página WEB de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, así como la lista de Médicos Calificadores del SSO, para efectos de publicidad...'

Artículo Cuarto (Vigencia de la Habilitación y Registro)

'...La vigencia de la habilitación y consiguiente registro será de dos años a partir de la gestión en que rindió el examen el médico calificador, luego de lo cual este deberá rendir nuevo examen y aprobarlo con una calificación igual o mayor al setenta(sic) por ciento (70%). Si el médico no se presentare al examen en la gestión que le corresponda, la Superintendencia de Pensiones, Valores y

*Seguros, cancelará su registro en un plazo de diez (10) días hábiles administrativos siguientes al día del examen. Vencido el plazo señalado el médico no se encontrará habilitado para realizar calificaciones. Si el médico se presentare a rendir el examen en la gestión que le correspondiere, pero no aprobase con la calificación mínima exigida para el efecto, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, cancelará su registro en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos siguientes al día del examen. Vencido el plazo señalado el médico no se encontrará habilitado para calificar... En ambos casos, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, eliminará de sus registros el nombre del médico calificador, actualizando la Lista de Médicos Calificadores del SSO habilitados en la página WEB...'*

*Artículo Noveno (Cancelación de registro)*

*'...La cancelación de registro implica la inhabilitación para ejercer como Médico Calificador del SSO... La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitirá Resolución Administrativa que Cancele temporal o definitivamente el Registro del Médico Calificador del SSO, en un plazo de veinte (20) días hábiles administrativo(s) de recibida la documentación completa que avale o justifique la cancelación...'*

*De lo anterior y considerando que la EEC conforme lo establece(n) los artículos 1, 3 y 4 inc. d) del Decreto Supremo N° 27824 de 3 de noviembre del 2004, tiene como objeto fundamental la calificación del origen, grado, causa, y fecha de siniestro en los trámites de pensión por invalidez y muerte del SSO, y que para ello debe contratar médicos calificadores habilitados conforme a la normativa vigente, es necesario que nuestra entidad sea informada de manera frecuente y dentro de plazos razonables, sobre la habilitación, registro, y cancelación de registro de médicos calificadores en el SSO, situación que no se encuentra consagrada en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, por lo que solicitamos la inclusión de los(sic) formas y plazos en que la EEC sería informada de manera oportuna sobre la situación y modificaciones a la Lista de Médicos Calificadores registrados para la calificación del SSO, esto garantizará las funciones y finalidades de nuestra entidad.*

*A dicha argumentación la R.A./AP/DJ N°80.2009, manifestó lo siguiente:*

*'...Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, la actividad y la actuación de la administración es pública, salvo que esta u otras leyes la limiten...'*

*La R.A. 336/09, en su artículo tercero y cuarto del Anexo I, disponen:*

*TERCERO (HABILITACIÓN Y REGISTRO)... Dicha Resolución Administrativa de registro, será notificada a cada interesado, y publicada en la página WEB de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, así como la lista de Médicos Calificadores del SSO, para efectos de publicidad...'*

*CUARTO.- (Vigencia de la habilitación y registro)... En ambos casos, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, eliminará de sus registros el*

nombre del médico calificador, actualizando la Lista de Médicos Calificadores del SSO habilitados en la página WEB...'

Que, la R.A. 336/2009 al disponer que la información de médicos calificadores sea notificada a los interesados y publicada en la página WEB se enmarca en lo establecido por la Ley N° 2341...'

De lo anterior más allá de encontrar infundado nuestro argumento, el regulador lo confirma, pues siendo que la actividad del regulador es pública, en cuanto a la lista de médicos calificadores del SSO, esta debe estar plenamente identificada y publicada en la citada página Web (situación que en la actualidad no es evidente), asimismo se debe establecer una continua actualización de los datos de dicha lista, todo lo anterior debería estar claramente reglamentado en la normativa de(sic) regula el registro de médicos calificadores, situación que nuevamente manifestamos en la actualidad no ocurren(sic) ni se encuentra claramente definido en el anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09.

## **SOLICITUD DE REALIZACIÓN DE EXÁMENES DE ACTUALIZACIÓN Y HABILITACIÓN DE MÉDICOS CALIFICADORES**

### **Anexo I (R.A. SPVS-IP N° 336/09)**

#### **Artículo segundo (Del Examen)**

'I. Los médicos para habilitarse como médicos calificadores del SSO, deberán cumplir los requisitos establecidos en el presente Manual, debiendo primeramente rendir y aprobar el examen que hubiere convocado la SPVS...'

...IV. Los profesionales que se encuentran registrados en el Registro de Médicos Calificadores del SSO, para renovar la vigencia de su habilitación, deberán rendir nuevamente el examen de actualización sobre el uso del MANECGI y la LEP en la gestión subsiguiente a la que rindió el examen que lo habilitó. Los médicos que no aprueben dicho examen o los que no se presenten al mismo cuando les corresponda, **serán automáticamente inhabilitados** para ejercer la función de Médico Calificador del SSO cancelándose su registro, pudiendo habilitarse nuevamente una vez que aprueben un examen posterior, y presentando nuevamente los requisitos establecidos para la habilitación...' (subrayado es nuestro)

De lo anterior, considerando las situaciones de prohibiciones normativas a calificar ciertos casos, inhabilitación o cancelación de registro por las diferentes circunstancias establecidas en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, estas reducen la oferta de médicos calificadores habilitados, situación que resulta compleja para la prosecución de las funciones y finalidades esenciales de nuestra entidad, es por esta razón que solicitamos la inclusión de un procedimiento que permita a la parte interesada SOLICITAR, la programación y realización del examen de habilitación, sustentando nuestra posición en el hecho que el regulador por mandato de la norma es responsable de la ejecución del Examen de habilitación y consecuente registro de médicos calificadores en el marco de lo

aclarado por la R.A. SPVS-IP N° 221/09 de fecha 27 de marzo de 2009, que en lo particular establece lo siguiente:

'...La entidad recurrente no puede dejar de tomar en cuenta lo expresamente determinado por normativa, toda vez que la capacitación, no es una atribución exclusiva de la SPVS, sino cual establecen los artículo(s) 14 y 15 del DS 27824 es la habilitación de médicos calificadores para cuyo efecto se toma exámenes, por lo tanto no existe prohibición en norma para aquellos médicos que se capacitan por cuenta propia, en cursos que emite la SPVS o a través de otros medios, a efectos de poder habilitarse por la SPVS como médicos Calificadores del SSO, tal como establece el Decreto Supremo N° 27824...'

De lo anterior la R.A./AP/DJ/N° 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, cuenta con la competencia para determinar el momento adecuado y necesario para programar la realización de exámenes para médicos calificadores; en consecuencia, las sugerencias realizadas por los regulados serán consideradas y evaluadas por esta Autoridad, sin ser necesario emitir un procedimiento para le(sic) efecto...'

De lo anterior, corresponde enfatizar que el regulador al tener la competencia para determinar el momento adecuado y necesario para programar la realización de exámenes para médicos calificadores, y tal como lo determinó mediante la R.A. SPVS-IP N° 221/09 de fecha 27 de marzo de 2009, '...la capacitación, **no es una atribución exclusiva de la SPVS...** no existe prohibición en norma para aquellos médicos que se **capaciten por cuenta propia, en cursos que emita la SPVS o a través de otros medios,** a efectos de poder habilitarse por la SPVS como médicos Calificadores al SSO, tal como establece el Decreto Supremo N° 27824...' Por tal motivo es necesario un procedimiento de solicitud de las partes interesadas, que **fuera de los cursos de capacitación impartidos por el Regulador,** estos se capaciten por cuenta propia a efectos de habilitarse para la calificación del SSO; es en este sentido que dichas capacitaciones o actualizaciones no tendrían sentido ni efectos si estuvieran sujetas solamente a las(sic) discrecionalidad del regulador, que establece la oportunidad para la realización de los exámenes de habilitación (que dicho sea de paso no se encuentra ligada necesariamente con los cursos de capacitación del uso de MANECGI y la LEP), y con la finalidad de otorgar a aquellos médicos que no pudieran concurrir a los cursos programados por el regulador, la posibilidad dentro del marco normativo y los plazos establecidos para el efectos(sic), el prepararse por sus propios medios y solicitar la realización del examen de habilitación. Esta situación al margen de beneficiar al médico calificador que por motivos justificables se hubiere encontrado imposibilitado a asistir a los cursos impartidos por el regulador, posibilita ejercer su derecho de petición ante la Administración Pública (consagrado en(sic) tanto en la CPE así como recogido en la Ley N° 2341 artículo 16 literal a.) **DE REALIZAR EL EXAMEN DE HABILITACIÓN Y CONSIGUIENTE REGISTRO EN LA AP,** también posibilitaría a aquellos profesionales médicos que por falta de información no tuvieron conocimiento sobre la

realización de los cursos impartidos por le(sic) regulado, contando con la preparación suficiente, o inclusive aquellos médicos cuya habilitación se encuentra en el límite del período establecido para su vigencia (es decir dos gestiones anuales) a optar por la posibilidad de realizar el examen de habilitación/actualización en fechas posteriores a la realización de los cursos impartidos por el regulador.

## **EXCUSAS Y RECUSACIONES**

### **Anexo I (R.A. SPVS-IP N° 336/09)**

#### **Artículo Octavo (Excusas y Recusaciones)**

'...El médico calificador del SSO habilitado, deberá excusarse de calificar, si a tiempo de iniciar el proceso de calificación evidenciara que:

3. Hubiera emitido criterio sobre el caso a calificarse...'

De lo anterior se evidencia que la citada norma es oscura e imprecisa, y puede provocar problemas en sus alcances y aplicabilidad, siendo que dicho precepto no establece con claridad las formas materiales en que el médico pudiera emitir 'criterio sobre el caso a calificarse', siendo amplias las formas de la manifestación de dicha expresión, por lo que solicitamos se modifique o suprima dicho concepto normativo, considerando los efectos jurídicos que en su aplicación pueden acarrear.

De lo anterior la R.A./AP/DJ/N° 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que, la reacusación(sic) es un medio previsto por la norma para asegurar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial revistiendo carácter excepcional y restrictivo, asemejándose dicha función a la del médico calificador.

Que, en cuanto a la causal referida a emitir criterio sobre un caso en particular, importa prejuzgar, lo que es igual a emitir opinión precisa y fundada sobre puntos concretos que deberán ser motivo de decisión, antes de la oportunidad fijada para pronunciarse. En consecuencia el prejuzgamiento solo configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas.

Que, en ese sentido la causal señalada en el número 3 del artículo octavo de la R.A. 336/2009, se encuentra claramente establecida en el entendido de que la excusa es la abstención espontánea que debe manifestar el médico cuando concurra en alguna de las circunstancias que hagan dudosa la imparcialidad de su accionar en cuanto a los casos que son de su conocimiento de manea directa o indirecta...'

Siendo evidente el sentido que busca la excusa y la recusación en cuento(sic) a la imparcialidad que deben guardar los médicos calificadores en su labor cotidiana, situación que compartimos de manera plena, no se debe olvidar que la falta de precisión en la normativa en cuanto a los medios de prueba idóneos

y/o los medios de comprobación; y los mecanismos de defensa del médico calificador recusado o de la verificación de los fundamentos de aquel médico calificador que invoque su excusa sobre un caso determinado, podrían posibilitar el uso desmedido e infundado de las excusas y recusaciones, que no tengan asidero en el derecho, convirtiéndose en medios de abuso de la normativa.

### **INHABILITACIÓN Y CANCELACIÓN TEMPORAL O DEFINITIVA DE REGISTRO**

Conforme lo establece el artículo Noveno del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, existen dos formas de cancelación del registro; una temporal y otra definitiva, pero que en la concepción establecida en la citada Resolución Administrativa presenta ambigüedades que a nuestro criterio deben ser modificadas, para el efecto considere lo siguiente:

#### **Cancelación Temporal de Registro**

Conforme a la R.A. SPVS-IP N° 336/09, no establece una concepción clara de lo que debe entenderse por una cancelación temporal, por otra parte establece causales para la aplicación de la misma, pero que las mismas se confunden con la simple inhabilitación:

'...1. Cuando el Médico Calificador del SSO al vencimiento de su registro, no rinda el examen o rinda el examen de habilitación para el siguiente período bienal y obtenga una calificación menor al setenta por ciento (70%)...'

Dicha precisión tiene su fundamento en los artículos Tercero y Cuarto del mismo cuerpo normativo, pero que resultan en la realidad artificiosos al establecer una cancelación temporal del registro por causales de incumplimiento de la obligación de actualización que tienen los médicos calificadores, pues la normativa establece la inhabilitación, sea por la inasistencia o la falta de suficiencia en el examen de actualización al que debe acudir dicho profesional, pero de ninguna manera se podría pretender asignarle una categoría de temporalidad, pues en la realidad la cancelación del registro es definitiva, y depende de la voluntad del médico el solicitar dentro de los plazos establecidos para el efecto su habilitación para calificar en el SSO.

De lo anterior la R.A./AP/DJ/N° 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que importa primero aclarar que le(sic) término inhabilitación significa la prohibición para desempeñar determinadas funciones, así como para ejercitar ciertos derechos; sobre la base del tiempo que dura dicha inhabilitación, la misma es permanente si dura por toda la vida y temporal si solo dura el tiempo de la pena principal.

Que, la disposición administrativa de cancelación temporal de registro, contenido en la R.A. 336/2009, como norma regulatoria no conlleva la extinción de un derecho o de una situación determinada, dependiendo de la voluntad del médico calificador el cumplir con los requisitos de habilitación..'

De lo anterior el regulado confirma las observaciones realizadas por la EEC al establecer que la inhabilitación tiene dos efectos:

- a) Permanente: Si dura para toda la vida
- b) Temporal: Si sólo dura el tiempo de la pena principal

De lo anterior el artículo noveno del anexo a la R.A. SPVS-IP N° 336/09, establece de manera artificiosa y confusa primero que la cancelación del registro implica la inhabilitación para ejercer como médico calificados(sic) del SSO, pero al diferenciar de cancelación temporal y cancelación definitiva (cuyos términos deberían referirse solamente a la inhabilitación temporal y permanente), no establece de manera clara e inequívocamente si la 'Cancelación Temporal de registro' tiene los efectos de la inhabilitación temporal, y la 'Cancelación Definitiva' tiene los efectos de inhabilitación permanente, cuya situación debe estar claramente identificada en estricto apego a los principios sancionatorios (cuyo(sic) naturaleza corresponde (a) las inhabilitaciones temporales y definitivas) tales como el principio de legalidad, y tipicidad consagrados en los artículos 72 y 73 de la Ley N° 2341.

Siguiendo con las causales de la Cancelación temporal de registro se observan las siguientes:

'...2. Cuando el médico Calificador del SSO, no se hubiera excusado de calificar un caso, pese a encontrarse dentro de las causales determinadas por el artículo octavo anterior. En este caso, la cancelación temporal solo aplicará para la primera vez y por un período de al menos dos años.

- 4. Cuando el Médico Calificador del SSO, se encuentre dentro de las causales determinadas en el artículo 7°...'

De los preceptos anteriores, resulta nuevamente confuso el establecimiento de categorías tales como la falta de excusa que a su vez es repetido por el artículo séptimo al que recurre la segunda causal, considerando que dichas eventualidades obedecen a una infracción de la normativa, lo cual conforme el artículo 63 del Decreto Supremo N° 27175, conlleva al inicio de proceso sancionatorio. Para mayor comprensión, transcribimos el mismo a continuación:

#### **D.S. N° 27175**

##### **Artículo 63**

'...constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI...'

Así pues bajo esta concepción, es totalmente aplicable el procedimiento sancionador establecido en el citado Decreto Supremo N° 27175 en su Capítulo VI (Disposiciones sobre sanciones), y no así como se pretende configurar un proceso discrecional que conllevaría a la cancelación temporal del registro (término que como se advirtió precedentemente no encontramos coherente).

De lo anterior la R.A./AP/DJ/Nº 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que, los incisos b) y g) del artículo 49 de la Ley de Pensiones, establecen como funciones del regulador controlar, supervisar y sancionar a las entidades que se encuentren bajo su jurisdicción de acuerdo a la normativa vigente de pensiones. Por tanto, es potestad de esta Autoridad el determinar **el inicio de procesos sancionatorios cuando existan indicios de incumplimiento a la normativa vigente, sin que se requiera que esta facultad este enunciada expresamente en la norma regulatoria...**'

De lo anterior resulta incoherente lo determinado por la AP, siendo que a tiempo de confirmar las observaciones realizada(sic) por la EEC, sobre el **respeto al procedimiento administrativo sancionatorio con el que cuenta el regulador**, omite en su análisis lo establecido en el numeral III del artículo noveno del Anexo I de la R.A. SPVS-IP Nº 336/09, que claramente establece un procedimiento apartado del establecido en el Decreto Supremo Nº 27175 en su Capítulo V sección II, que reglamente(sic) todos los procedimientos sancionatorios que administra la Administración Pública en el sector de pensiones, para mayor consideración transcribimos el procedimiento especial y fuera del establecido en el citado Decreto Supremo Nº 27175, que instaura el artículo noveno num. III del anexo I de la R.A. SPVS-IP Nº 336/09 observado por la EEC:

**Anexo I de la R.A. SPVS-IP Nº 336/09 – artículo noveno num. III.**

'...La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, **emitirá Resolución Administrativa que cancele temporal o definitivamente el Registro del Médico Calificador del SSO, en un plazo de veinte (20) días hábiles administrativos de notificada con la Resolución Administrativa.**

La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, deberá actualizar la Lista de Médicos Calificadores del SSO habilitados en la página WEB de la SPVS, eliminando a aquellos médicos que cuenten con Resolución Administrativa de cancelación de registro.

Una vez que la Resolución Administrativa, se encuentre firme en sede administrativa publicará mediante la página WEB de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, la lista de aquellos médicos que cuenten con cancelación definitiva de su registro...'

De la lectura del procedimiento especial establecido por la SPVS, se concluye que una vez recibida la documentación que sustente la cancelación temporal o definitiva, el Regulador emite resolución administrativa en un plazo de (20) días hábiles administrativos, y que LUEGO DE NOTIFICADA CON LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE CANCELACIÓN DE REGISTRO (SEA TEMPORAL O DEFINITIVA) AL MEDICO CAIFICADO(sic), y dentro de los quince días hábiles administrativos posteriores a dicha notificación, este podrá aclarar documentalmente los argumentos que motivaron su cancelación de registro, con esto no solamente (se estaría) transgrediendo las etapas procesales establecidas en el procedimiento sancionatorio consagrado en el Decreto Supremo Nº 27175 tales



como Diligencias preliminares, notificación de cargos, tramitación y término de prueba y emisión de Resolución absolutoria o sancionatoria, sino al establecer que el médico podrá presentar sus descargos luego de la emisión de la resolución que cancele su registro, violenta los principios fundamentales de Defensa, Debido Proceso, Presunción de inocencia y el principio sancionatorio de procedimiento punitivo consagrados en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

### **Cancelación Definitiva de Registro**

Tal como se manifestó precedentemente existe una terminología ambigua y confusa, pues en cuanto a la Cancelación Definitiva del registro, no establece una clara conceptualización de la misma, por otra parte existe, al igual que la anterior, una deficiencia conceptual en el término 'definitiva', pues no se aclara si este término refiere a la pérdida de la posibilidad de manera permanente de que el profesional sancionado se habilite nuevamente para calificar en el SSO.

Razonamiento contrario, no permitiría la diferenciación con la denominada cancelación temporal de Registro.

Por otro lado, en cuanto a las causales establecidas se dispone que:

'...Cuando el Médico Calificador del SSO sea reincidente por alguna de las causales 2 ò 3 descritas para la cancelación temporal de registro. Si una Resolución Administrativa de Sanción así lo establece...'

Encontramos deficiencias y ambigüedades, puesto que la reincidencia en la inasistencia o falta de suficiencia en el examen de actualización, simplemente inhabilita al médico calificador, pero de ninguna manera se podría pretender que esto imposibilite su postulación, a comparecer a los exámenes de habilitación establecidos por la normativa vigente, puesto que resultaría restrictivo y contrario a lo establecido en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, pues el mismo establece cuales son los requisitos para la postulación a la habilitación para calificación del SSO.

Por otro lado al establecer que será también una Resolución Sancionatoria la que establezca la 'Cancelación definitiva de registro' (término que como se advirtió precedentemente no encontramos coherente), reafirma nuestra posición que los procesos sancionatorios(sic) a médicos calificadores deben observar el procedimiento establecido en el Capítulo VI del Decreto Supremo N° 27175, y no otro.

De lo anterior la R.A./AP/DJ/N° 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'Que, el término definitivo se entiende como aquella acción que impone fin a un determinado asunto, por lo que en el caso que nos corresponde, si el médico calificador incurre en alguna de las causales determinadas en el párrafo II del artículo noveno del Anexo 1 de la RA. 336/09, será sujeto a la cancelación definitiva de su registro y no podrá actuar como médico calificador del SSO,

salvándose el derecho del médico para aclarar documentalmente su situación dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificado con la Resolución Administrativa de Cancelación de Registro...

De lo anterior, corresponde aclarar que la inhabilitación con efectos temporales y definitivos (mal llamados cancelaciones de registro temporal y definitivo) son de naturaleza SANCIONATORIA, por tal motivo las mismas deben respetar el procedimiento y principios sancionatorios establecidos por el Decreto Supremo N° 27175, asimismo como la misma AP reconoce en la parte considerativa de la R.A./P/DJ/80.2009(sic), la inhabilitación con efecto definitivo '...dura por toda la vida...', por tanto el médico merecedor de dicha sanción debe haber incurrido en falta(s) calificadas como gravísimas para el SSO, de las cuales la reincidencia (tanto en la inhabilitación por inasistencia o falta de suficiencia en el examen de habilitación convocado, así como la falta de excusa) la cual se hace alusión en el numeral II del artículo 9 del Anexo I del(sic) R.A. SPVS-IP N° 336/09, deben ser replanteadas siendo que la gravedad de una infracción (acciones u omisiones del médico calificador) estén plasmadas claramente en la normativa y estas sean proporcionalmente vinculadas con una determinada sanción.

Finalmente sobre la causal de '...Si califica cuando no se encuentra habilitado...', encontramos a la misma, como ya se enfatizó anteriormente, que dicha acción corresponde a una infracción a la normativa vigente, específicamente al artículo 14 del Decreto Supremo N° 27824, por lo que corresponde un proceso sancionatorio en los lineamientos ya expuestos.

De lo anterior la R.A./AP/DJ/N° 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que, como se ha señalado precedentemente, los incisos b) y g) del artículo 49 de la Ley de Pensiones, establecen como funciones del regulador controlar, supervisar y sancionar a las entidades que se encuentran bajo su jurisdicción de acuerdo a la normativa vigente de pensiones. Por tanto, es potestad de esta Autoridad el determinar el inicio de procesos sancionatorios cuando existan indicios de incumplimiento a la normativa vigente sin que se requiera que esta facultad este enunciada expresamente en la norma regulatoria...'

De lo precedente, consideramos que el regulador no apreció con la debida claridad lo argumentado por la EEC, siendo que en(sic) nuestros argumentos en ningún momento desconocieron las facultades de regulación, control, supervisión y sancionatoria con las que cuenta el ente regulador, más aún nuestra posición se encuentra en respeto absoluto al procedimiento sancionatorio, coincidiendo (como se ha manifestado anteriormente) que las inhabilitaciones con efectos temporales o definitivos son de naturaleza sancionatoria, por tal motivo no debe aplicarse otro procedimiento que el establecido en el Capítulo VI, Sección II del Decreto Supremo N° 27175, razón por la cual nuevamente enfatizamos que debe revocarse el procedimiento ESPECIAL establecido en el numeral III del artículo noveno del anexo I de la R.A.

SPVS-IP N° 336/09, siendo que el mismo se aparta del procedimiento sancionatorio reglamentado en el ya citado Decreto Supremo N° 27175.

Por todo lo anterior, consideramos desafortunada la redacción del artículo Noveno, pues carece de claridad, no cuenta con conceptos claros, y confunde la acción u omisión del médico calificador con la consecuencia (que en este caso sería la cancelación del registro), por lo que consideramos se debe reformular el citado artículo, estableciendo un contenido mínimo que respete los principios básicos del procedimiento sancionador, (conforme lo reconoce el artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175), tales como Seguridad jurídica, respeto al debido proceso y la sujeción a los principios establecidos en la Ley N° 2341 de Procedimiento administrativo(sic), identificados como principios sancionatorios.

De lo anterior la R.A./AP/DJ/N° 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que, el artículo noveno establece claramente las circunstancias por las cuales el médico calificador puede inhabilitarse por una cancelación temporal o definitiva, en ambos casos las causales se encuentra(n) descritas en dicho artículo...'

De lo anterior, nuevamente es necesario resaltar la naturaleza punitiva que tiene la inhabilitación tanto temporal como definitiva, siendo un mecanismo que impide al médico calificador que configure los supuestos normativos establecidos en el artículo noveno del anexo I de la SPVS-IP N° 336/09, pero que lamentablemente dicho precepto normativo al establecer un procedimiento sancionatorio que claramente es el aplicable al caso, por lo que es necesario establece(r) de manera inequívoca las causales que por principio de legalidad pudieren invocarse para la aplicación de las sanciones que en este caso se encuentra(n) bajo la figura de la inhabilitación.

Por tanto en el marco de lo anterior, es necesario se establezca(n) e identifiquen claramente las acciones u omisiones que infrinjan a la normativa dentro del campo de la calificación en el SSO, por otro lado se debe establecer una graduación y clasificación de las sanciones:

Por ejemplo, ciertas acciones corresponderán a infracciones leves, graves y gravísimas. Por otro lado la consecuencia de las mismas, es decir el tipo de sanción a la que concluyen, como sanciones pecuniarias, suspensión temporal de habilitación a ejercer la actividad, o pérdida definitiva de la posibilidad del ejercicio a la actividad; Así(sic) como las responsabilidades, administrativas y de otra índole que emergerían de acciones dolosas o culposas (cuya graduación es diferente a la simple infracción), logrando con lo anterior un adecuado régimen sancionatorio sobre la actividad de calificación.

De lo anterior la R.A./AP/DJ/N° 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que, el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, cuyo capítulo VIII establece el Régimen de las Sanciones, su alcance, calificación de gravedad y forma de aplicación, por lo que no se requiere normativa adicional...'

Dicha afirmación resulta ambigua, al momento de su aplicación puesto que dicha normativa no puede aplicarse de manera discrecional, ajustando su proceder al principio de proporcionalidad entre la conducta del infractor y la sanción impuesta, esta situación que no es respetada en las causales de cancelación temporal y definitiva, siendo que se imponen para ciertas conductas sancionadas, así como no establece con claridad que conductas son susceptible(s) de ser calificadas (dentro del marco del proceso de calificación) como leves, graves o gravísimas, y cuales importaran sanciones de inhabilitación y cuales sanciones pecuniarias, considerándose las características de los sujetos regulados por el acto administrativo que en este caso son los médicos calificadores habilitados del SSO, para ellos analizaremos cada una de las causales del tantas veces citado artículo noveno del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, conforme a lo siguiente:

**CANCELACIÓN TEMPORAL:** Entendido como la suspensión de las funciones de calificación en el SSO '...sobre la base del tiempo que dure dicha inhabilitación...' (Véase R.A./AP/DJ/N° 80.2009), esta ocurre al materializarse las siguiente(s) conductas:

**a) Cuando el Médico Calificador del SSO al vencimiento de su registro, no rinda el examen de habilitación para el siguiente período bienal y obtenga una calificación menor al setentapor ciento (70%):**

Sobre dicha causal manifestamos que no puede considerarse una sanción propiamente dicha, siendo que la norma no impone la naturaleza de infracción a dicha conducta sino que le impone un determino(sic) resultado (el cual no se encuentra sujeto a un proceso administrativo), este el(sic) perdida **automática de la habilitación** para ejercer la función de médico calificador en el SSO; pudiendo concurrir a futuros exámenes que se convoquen para optar por la habilitación, por tanto dichas nuevas postulación(es) no siempre deberían ser cada dos gestiones anuales, como mal interpreta la causal sujeta al presente análisis, puesto que el artículo 15 del Decreto Supremo N° 27824, claramente establece '...Los médicos que no aprueben dicho examen o los que no se presente(n) al mismo cuando les corresponda, **serán automáticamente inhabilitados para ejercer la función de médico calificador**, pudiendo habilitarse nuevamente una vez que aprueben un examen posterior, cumpliendo lo establecido en el artículo precedente...', por lo tanto la normativa no circunscribe **a un período de abstinencia** para poder concurrir a un nuevo examen de habilitación antes de los dos años, es decir que la normativa no le impide al médico calificador solicitar rendir un examen antes de los dos años posteriores a su inhabilitación, como mal se interpreta en la causal establecida en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, al establecer que: '...En todos los casos enunciados, el médico podrá habilitarse nuevamente, una vez que apruebe el examen siguiente **después**

**de transcurrido un período no menor a dos años...**, dicho sea de paso el parámetro de dos gestiones anuales establecidas por el artículo 15 del Decreto Supremo N° 27824, es un límite máximo para la convocatoria de los exámenes de habitación ejecutados por el regulador, pero dicha norma no establece que en todas las ocasiones debería realizarse dicha convocatoria en el límite de las dos gestiones, sino más aún le da la posibilidad de relanzar cuantas convocatorias sean necesarias siempre que **AL MENOS SE REALICE UNA CADA DOS GESTIONES ANUALES**, para ello simplemente podemos citar lo descrito en el citado artículo: '*...Los profesionales del Registro de Médicos Calificadores de la SPVS deberán rendir nuevamente el examen en el uso del MANECGI y la LEP, al menos una vez cada dos (2) gestiones anuales, dependiendo de la periodicidad de los exámenes que organice la SPVS...*'.

- b) Cuando el Médico Calificador del SSO, no se hubiere excusado de calificar un caso pese a encontrarse dentro de las causales determinadas por el artículo octavo anterior:**

Sobre dicha causal si bien la misma contiene una conducta sujeta a sanción, la misma bajo los principios de proporcionalidad y tipicidad debe ser claramente identificada, en sus características o elementos esenciales así como los límites del concepto, para ello simplemente no(s) remitimos a lo ya argumentado en el presente memorial sobre las excusas y recusaciones.

- c) Cuando el Médico Calificador del SSO, se encuentre comprendido dentro de las causales determinadas en el artículo 7°:**

Previamente al análisis debemos considerar las citadas causales del artículo 7mo, del anexo de la R.A. SPVS-IP N° 336/09

1. Ejercer funciones de médico calificador del SSO en más de una entidad operadora del SSO.
2. Contar con Resolución Administrativa que disponga una sanción pecuniaria firme en sede administrativa, debido al incumplimiento de la normativa vigente.  
La Resolución Administrativa de sanción determinará el período de prohibición de calificación, que no podrá ser inferior a dos (2) Años.
3. No haberse excusado, pese a encontrarse en una de las causales del artículo octavo siguiente.
4. Calificar los trámites de primera instancia sin la coparticipación directa de todos los miembros del TMC y conforme a procedimiento.
5. Emitir calificaciones cuando su registro se encuentre cancelado, conforme a las determinaciones establecidas en el artículo 4° del presente Manual.

Partiendo de lo precedente no debemos olvidar que los numerales citados corresponde(n) a una sola de las causales de cancelación temporal del artículo noveno, siguiendo en esta línea vemos desafortunada la redacción y

coherencia normativa de dichos numerales y su consecuencia, para ello analizaremos cada uno de los numerales:

° **Ejercer funciones de médico calificador del SSO en más de una entidad operadora del SSO:** Dicha normativa es restrictiva a la libertad contractual que gozan los contratos de tipo civil de prestación de servicios con los que los médicos calificadores habilitados se vinculan con los operadores del SSO, pues pretenderían incluir una cláusula de exclusividad sin fundamento o argumento sustentable, siendo que el ejercicio de la función de calificación no podría generar competencia desleal o figura análoga entre los operadores, siendo por el contrario simplemente una determinación pericial sobre el evento de fallecimiento e invalidez en el SSO.

° **Contar con Resolución Administrativa que disponga una sanción pecuniaria firme en sede administrativa, debido al incumplimiento de la normativa vigente. La Resolución Administrativa de sanción determinará el período de prohibición de calificación, que no podrá ser inferior a dos (2) Años:** Sobre dicho numeral podemos afirmar que más allá de ser una confirmación de la intencionalidad que tiene la R.A. SPVS-IP N° 336/09 de crear un procedimiento especial apartado de procedimiento sancionatorio, rompe con el principio de -litis pendentia-, es decir que nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa, pues daría a interpretar que el médico calificador sujeto a un procedimiento sancionatorio que concluyó con una resolución administrativa, nuevamente sería encausado para su inhabilitación mediante el procedimiento especial establecido en el numeral III del artículo noveno de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, concibiendo que dicho numeral a su vez es causal de la cancelación temporal.

° **No haberse excusado, pese a encontrarse(sic) en una de las causales del artículo octavo siguiente:** De(sic) presente numeral resulta confuso puesto que el mismo responde a la causal segunda analizada precedentemente, pero que también se encuentra inmersa en la causal tercera del mismo artículo.

° **Calificar los trámites de primera instancia sin la coparticipación directa de todos los miembros del TMC y conforme a procedimiento:** El(sic) presente numeral corresponde aclarar que no solo el Tribunal Médico de Calificación de la EEC es una(sic) cuerpo colegiado compuesto por más de un profesional, siendo las UMC de los demás operadores del SSO, y del Regulador que deben cumplir con dicha característica, por lo que el texto debe ampliarse a dichos actores.

° **Emitir calificaciones cuando su registro se encuentre cancelado, conforme a las determinaciones establecidas en el artículo 4° del presente Manual:** Sobre el presente numeral resulta nuevamente confusa su interpretación siendo que bajo la premisa de que el médico fue inhabilitado para calificar en el SSO; y pese a ello realiza dicha actividad

(tal como el precepto normativo establece), mal podría pretenderse que dicha actitud sea causal de la cancelación temporal, siendo que no cuenta al momento de materializar el supuesto normativo con la habilitación que extrañamente se pretende cancelar, siendo esta más bien una causal para una sanción grave, siendo que el infractor estaría ejerciendo funciones que no le competen.

**CANCELACIÓN DEFINITIVA:** Concebida como la inhabilitación que: ‘... dura por toda la vida...’ (Véase la R.A. AP/DJ N° 80.2009), esta es aplicada antes(sic) las siguientes conductas:

- a) Cuando el Médico Calificador del SSO sea reincidente por alguna de las causales 2 ó 3 descritas para la Cancelación Temporal de Registro:** Sobre dicho acápite es necesario recordar que las causales 2 y 3 referidas corresponden a la inhabilitación por inasistencia al examen impartido por el regulador, la falta de suficiencia del examen (menos del 70%), y falta de excusa, dichos planteamientos resultan confusos y contradictorio(s) en especial con los relacionados a la inasistencia o falta de suficiencia del Examen de Habilidadación, siendo que la normativa le otorga la posibilidad al médico calificador a prepararse y postularse sin límite alguno a los exámenes de habilitación, por ello resulta abusivo pretender circunscribirlo a dos oportunidades, las cuales podrían repercutir en la pérdida total de la posibilidad de ejercer funciones de médico calificar(sic) en el SSO. Con relación a la reincidencia en la falta de excusa, si bien esta conducta reiterada deber(sic) tener un grado mayor de sanción, la misma debe agregar elementos indispensables, como la del dolo, o la del daño que dicha actitud reiterativa a(sic)generado en el sistema, independiente del número de veces de su ejecución.
- b) Si una Resolución Administrativa de Sanciona(sic)(a)si lo establece(sic):** Sobre esta causal reiteramos la confirmación sobre la intencionalidad de la R.A. SPVS-IP N° 336/09 de establecer un procedimiento especial apartado del procedimiento sancionatorio establecido en el Decreto Supremo N° 27175, y el quebrantamiento del principio de -litis pendencia-, siendo que se encausaría a un médico calificador dos veces por la misma causa, una fruto a un procedimiento sancionatorio que(sic) resolución administrativa firme, y otro mediante el procedimiento especial establecido en el párrafo III del artículo noveno del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09.

Finalmente, consideramos necesario acudir a los razonamientos en materia de régimen sancionatorio arribados por las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 14/2006 de 20 de marzo de 2006 y SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006, que deben ser tomados en cuenta a tiempo de realizar cualquier régimen sancionatorio tal como el sujeto al presente análisis:

**SG SIREFI RJ 14/2006 de 20 de marzo de 2006**

‘...III.3 Pertinencia de la infracción y principio de Proporcionalidad

*Cuando se trata de analizar el derecho punitivo y sancionador, es necesario referirse a los principios punitivos en la doctrina y que están plasmados en la Ley de Procedimiento Administrativo.*

*Es evidente que la SPVS cuenta con la atribución de sancionar, de conformidad al inciso g) del artículo 49 de la Ley 1732 de 29 noviembre de 1996, pero debe hacerlo dentro del marco de los principios del procedimiento administrativo sancionador. Así, las sanciones administrativas deben circunscribirse a principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, significando este último, que la existencia de correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde, de acuerdo a su grado de participación y en forma proporcional a la gravedad de la infracción. La justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona constituye un principio reiteradamente declarado por la doctrina, cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección de excesos que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto, que son los que delimitan el ámbito del poder discrecional de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de estos y la arbitrariedad...'*

### **SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006**

#### *'...III.3 Pertinencia de la infracción y Principio de Proporcionalidad*

*Cuando se trata de analizar el derecho punitivo y sancionador, es necesario referirse a los principios punitivos en la doctrina y que están plasmados en la Ley de Procedimiento Administrativo y que se reflejaron en la Resolución Jerárquica de Regulación SG SIREFI RJ 14/2006 de 20 de marzo de 2006 y que sirve de precedente jurisprudencial.*

*La SPVS cuenta con la atribución de sancionar, de conformidad al inciso g) del artículo 49 de la Ley 1732 de 29 noviembre de 1996, pero debe hacerlo dentro del marco de los principios del procedimiento administrativo sancionador. Así, las sanciones administrativas deben circunscribirse a principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, significando este último, que la existencia de correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde, de acuerdo a su grado de participación y en forma proporcional a la gravedad de la infracción.*

*En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. De acuerdo a este contexto, en materia administrativa, el principio de tipicidad es plenamente válido, sin embargo, ciertas Leyes de nuestro ordenamiento jurídico*



*mantienen ciertas conductas deontológicas, consideradas incumplimientos, a las que se tiene que conectar efectos sancionatorios. Estas conductas no pueden considerar conceptos jurídicos indeterminados, puesto que se activan en casos concretos, y para ser efectivos, deben ser objeto de un análisis pormenorizado y cabal de los hechos acontecidos con relación a las normas regulatorias conculcadas, así como deben sujetarse a una calificación objetiva, desde una óptica del derecho administrativo y de la actividad regulatoria en materia financiera. El pretender que todas las infracciones, conductas o posibles incumplimientos dentro de los sectores del sistema de regulación financiera boliviano se encuentren descritos como en materia penal, daría lugar a sendas normas punitivas y aún así existirían conductas que puedan vulnerar los objetivos del SIREFI.*

*Por otra parte, la justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona constituye un principio reiteradamente declarado por la doctrina cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección de exceso que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan el ámbito del poder discrecional de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de estos y la arbitrariedad...'*

*Por la amplia lectura de ambos fallos Jerárquicos, se puede concluir que la aplicación de(l) capítulo VIII del Decreto Supremo N° 24469, no puede ser discrecional sino proporcional conforme a los sujetos, su conducta, y la gravedad de la misma, ahora bien dicho acápite se complementa con un adecuado procedimiento sancionatorio el cual claramente se encuentra estipulado en el Capítulo VI del Decreto Supremo N° 27175, bajo las etapas y plazos que el mismo otorga así como el respeto a sus principios sancionatorios, por lo que el procedimiento de cancelación de registro establecido en el artículo noveno del anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, no puede apartarse del mismo, siendo que la cancelación temporal o definitiva tiene naturaleza punitiva, ahora vien(sic) siguiendo (l)a línea de los fallos Jerárquicos analizados precedentemente, existen conductas que se encuentras(sic) regladas tales como las establecidas en el(sic) en los numerales I y II del artículo noveno del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, y van relacionados con el estricto cumplimiento a la normativa en general de(l) SSO (Las cuales no pueden ser detalladas en reglamento alguno), pero no se debe olvidar que las conductas relacionadas con una determinada sanción, deben ser proporcionales evitando los exceso(s) de las(sic) discrecionalidad que podrían desembocar en la arbitrariedad de la Autoridad Regulatoria, por tal motivo la actividad del médico calificador que se pretende reglamentar mediante la R.A. SPVS-IP N° 336/09 debe obedecer a principios administrativos sancionatorios, en especiales a la proporcionalidad de la conducta con relación a la sanción impuesta.*

## **ANULACIÓN DE PROCESO DE CALIFICACIÓN**

El artículo Décimo del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, establece lo siguiente:

*'...El Médico Calificador del SSO, que incurra en alguna de las prohibiciones comprendidas en el artículo 7° del presente Manual que le impida calificar en el SSO, y que haya participado en la emisión de un Dictamen, el mismo adquiere la calidad de anulable, por lo tanto, deberá retrotraerse hasta el vicio más antiguo. Para tal efecto, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, deberá emitir Resolución Administrativa motivada que anule el proceso de Calificación, previa recopilación de los documentos probatorios.*

*Esta situación generará el inicio del procedimiento administrativo correspondiente tanto al médico calificador como a las Entidades Reguladas involucradas, implicando inclusive y según corresponda en la cancelación de la habilitación y registro de médico calificador...'*

*Dicha redacción presenta deficiencias conceptuales sobre la nulidad y anulabilidad de un acto jurídico, establece responsabilidades a actores que no gobiernan en decisiones que corresponde al fuero interno e íntimo del profesional calificador tales como vincularse de manera contractual a más de una entidad operadora en el SSO, incurrir en infracciones a la normativa vigente que conlleven a un proceso sancionatorio que concluya en una resolución sancionatoria definitiva y firme en sede administrativa, en excusarse, y calificar sin la coparticipación de los miembros del cuerpo colegiado conforme a normativa.*

*Por lo anterior es necesario delimitar las circunstancias de una anulabilidad de procedimiento, es decir, encontrar vicios en el procedimiento de calificación que necesariamente atenten contra la Seguridad Jurídica y el debido proceso, ésta situación debe ser confrontada y resuelta en el proceso administrativo correspondiente ante Autoridad Competente que en este caso es el Regulador, siendo que la calificación es parte del procedimiento de tramitación de pensión en el SSO (conforme lo establece el artículo 7 del Decreto Supremo N° 27324).*

*Por otro lado, la nulidad repercute en los elementos esenciales que configuran el nacimiento de cualquier acto jurídico, que en este caso sería que los médicos calificadores participantes y emisores de un dictamen de calificación no cuente(n) con la habilitación para realizar dicha actividad (Por tanto el acto jurídico es nulo y no así como se pretende identificarlo como anulable).*

*No obstante lo anterior, es necesario **identificar claramente** a los actores en el proceso de calificación, siendo que cada situación obedece a un precepto normativo preestablecido, en forma y plazos, conforme al Decreto Supremo N° 27824, y que su trasgresión repercutiría en el inicio de un proceso sancionatorio, pero que de ninguna manera se puede pretender que las malas praxis en el ejercicio de la actividad de calificación sean de responsabilidad de otros*

actores diferentes a los encomendados por la normativa que en nuestro caso es el Tribunal Médico de Calificación, como cuerpo colegiado.

De lo anterior la R.A./AP/DJ/Nº 80.2009 manifiesta lo siguiente:

'...Que, los actos nulos carecen de validez por sí mismos, y los anulables son válidos mientras no se declare su nulidad y sólo se tendrán por nulos desde el día en que así se los declare. Al dar la R.A. 336/09 el carácter de anulable al Dictamen emitido por el Médico Calificador que incurran en las prohibiciones comprendidas en su artículo séptimo, se está preservando el derecho del Afiliado o sus derechohabientes para subsanar el trámite iniciado en el SSO...'

De lo anterior es preciso recordar las causales y consiguientemente analizarlas conforme a los efectos buscados de subsanación del trámite por parte del Afiliado bajo la figura de la anulabilidad, bajo la interpretación de la AP, conforme a lo siguiente:

#### **Artículo séptimo del Anexo I de la R.A. SPVS-IP Nº 336/09**

- **Ejercer funciones de médico calificador del SSO en más de una entidad operadora del SSO:** La contratación de médicos calificadores por los operadores es una privada, y distinta a la función de calificación la cual obedece a la obligatoriedad del uso de(l) Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez y la Lista de Enfermedades Profesionales, y la normativa aplicable a la calificación, por tanto de ninguna manera se puede pretender que la calificación dependa del vínculo contractual que tenga el médico con una o varias entidades operadoras, por lo que dicha causal carece de sustento lógico para vincularlo con la anulabilidad del proceso de calificación siendo que de ninguna manera se estaría violentando los principios del debido proceso y seguridad jurídica, con los que cuenta el Afiliado.
- **Contar con Resolución Administrativa que disponga una sanción pecuniaria firme en sede administrativa, debido al incumplimiento de la normativa vigente. La Resolución Administrativa de sanción determinará el período de prohibición de calificación, que no podrá ser inferior a dos (2) Años:** Es necesario nuevamente enfatizar que la anulabilidad de un procedimiento de calificación que presente vicios en su desarrollo, y que los cuales hubieren sido de tal magnitud de(sic) violentaron los principios del debido proceso y seguridad jurídica, claramente hace a dicho proceso pasible a anulabilidad hasta el vicio más antiguo incluyendo todos los actos que se hubieren emitido dentro de dicho período, buscando restaurar los derechos violentados, esto claramente debe verificarse dentro del proceso administrativo sancionatorio, por tal motivo al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa, la administración pública tiene la facultad tanto de imponer una sanción al infractor (que en este caso sería el o los medios(sic) calificadores) y restaurar el derecho, es decir proceder a la nulidad (de) obrados, obedeciendo así el principio de Economía, simplicidad y celeridad, que para su correcto entendimiento invocaremos el

razonamiento jurídico realizado mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 07/2006 de 10 de febrero de 2006, que transcribimos en lo pertinente:

*'...III.3. Principios de Eficacia, Economía, Simplicidad y Celeridad*

*...El principio de economía pretende, con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo, que se agilicen las decisiones y, en consecuencia, que las actuaciones administrativas se cumplan en el menor tiempo posible.*

*El principio de simplicidad apunta a que los trámites y actuaciones administrativas sean llevados de la forma más sencilla posible reduciendo al mínimo los requisitos y exigencias de los ciudadanos, dejando única y exclusivamente los pasos que sean verdaderamente indispensables para cumplir el propósito de los mismos o para ejercer el control de manera adecuada.*

*En cuanto al principio de celeridad, el mismo pretende que en la actividad administrativa, las Autoridades impriman al procedimiento la máxima dinámica posible. En esta medida deberán ser los conductores oficiosos de las actuaciones administrativas, pudiendo suprimir todos aquellos trámites innecesarios...'*

*Por tanto el pretender que previamente se instaure un procedimiento sancionatorio(sic) que concluya con una resolución que imponga una sanción pecuniaria, para luego acudir a la causal del artículo séptimo del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09 para proceder a la anulabilidad de un procedimiento, resulta artificioso, dilatorio y contrario al principio de economía, celeridad y simplicidad.*

- **No haberse excusado, pese a encontrarse en una de las causales del artículo octavo siguiente:** Dicha causal de anulabilidad conforme al citado principio de Economía, celeridad y simplicidad debe ser verificado y confrontado dentro de procedimiento sancionatorio establecido en el Decreto Supremo N° 27175, para lo cual nos remitimos a todo lo argumentado en materia de excusa(s) en el presente memorial.
- **Calificar los trámites de primera instancia sin la coparticipación directa de todos los miembros del TMC y conforme a procedimiento:** Como se ha mencionado previamente, el instituto de la anulabilidad busca reencauzar un procedimiento, cuando(sic) se evidencia vicios en algunas etapas del mismo que causen indefinición, por tanto la falta de co-participación de los miembros de(l) cuerpo colegiado sea el TMC, UMC u otro que se constituyera para el efecto, posterior a su verificación no constituye una anulabilidad, sino más bien la nulidad del acto, siendo que uno de los elementos constitutivos de los dictamen(es) de calificación de invalidez y muerte es contar con la aprobación de la mayoría del cuerpo colegiado, cuya manifestación de voluntad es plasmada mediante la firma del citado Dictamen de Calificación.

- Emitir calificaciones cuando su registro se encuentre cancelado, conforme a las determinaciones establecidas en el artículo 4º del presente Manual: Dicha causal nuevamente se remonta a considerar que un dictamen de calificación emitido por un profesional no habilitado para el efecto, no constituye una anulabilidad, siendo que dicho acto no es susceptible de subsanar y tampoco podría tener efectos jurídicos en el tiempo hasta que se reconozca dicha situación, sino más bien siendo que la actividad de calificación requiere que previamente el profesional se habilite para ello, instituye un pre-requisito indispensable, siendo que al no contar que (con) la citada habilitación, todos los actos realizados por dicho profesional no son anulables son nulos de pleno derecho, pues el mismo no se encontró habilitado para realizarlos.

Por todo lo anterior encontramos desafortunada la interpretación y reglamentación establecida en el artículo séptimo, siendo que no existen(sic) una clara diferenciación entre actos nulos y anulables, tampoco precautelan el principio de economía, celeridad y simplicidad, al pretender realizar procedimientos administrativos innecesarios. Finalmente no cumple el fin por el cual justifica su reglamentación, que en este caso es '...preservar el derecho del Afiliado o sus derechohabientes para subsanar el trámite iniciado en el SSO...' (ver R.A./SP/DJ N° 80.2009), pues existen actos que no corresponde a una subsanación sino a la nulidad del mismo.

### **RESPONSABILIDAD DE CALIFICACIÓN EN EL SSO**

Siguiendo con el análisis de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, su artículo Décimo Primero establece en el numeral segundo lo siguiente:

*'...Las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Entidad Encargada de Calificar y las Entidades Aseguradoras que administran seguros previsionales, en cuanto a la obligación que tienen de verificar que sus médicos calificadores, cumplan a cabalidad las determinaciones de la presente Resolución...'*

De lo anterior consideramos desafortunada la pretensión de establecer un control artificioso sobre las acciones u omisiones que los médicos calificadores pudieren ejecutar en el ejercicio de la actividad calificadora, siendo que el mismo corresponde en esencia a la voluntad de dicho profesional (Considerando para ello la libertad profesional en el ejercicio de la calificación), por otro lado, lo que si resulta coherente sería establecer un mecanismo de denuncia sobre acciones u omisiones que atenten contra la normativa del SSO por parte de los médicos calificadores vinculados a los diferentes operadores y de darse el caso el inicio del correspondiente proceso sacionador(sic).

Artículo séptimo del Anexo I de la R.A. SPVS-IP N° 336/09

*'...Que, se reitera lo expresado respecto a los incisos b) y g) del artículo 49 de la Ley de Pensiones...'*

Dicha afirmación olvida el derecho constitucional a la petición recogido por la Ley No. 2341, siendo que los administrados pueden iniciar procedimientos administrativos a petición de parte, más aún, resulta contrario al principio de la verdad material que el Regulador no admita denuncias fundamentadas de los operadores sobre posibles malas prácticas en el ámbito de la calificación en el SSO, siendo un aspecto de enorme sensibilidad, y vinculante en el acceso a los beneficios de(l) SSO, por lo que nuevamente enfatizamos que se requiere un mecanismo ágil y que respete el debido proceso, para la denuncia a instancia de parte sobre posibles malas prácticas en las funciones de médico calificador, en cualquiera de las instancias, incluyendo la instancia de revisión por parte de(l) propio regulador.

### **PROCEDIMIENTO DE RECURSO DE REVOCATORIA**

Conforme sea(sic) ha descrito en los antecedentes del presente memorial, dentro de la etapa procesal de impugnación ala(sic) R.A.SPVS-IP N° 336/09, ocurrieron una serie de eventos accidentales que perturbaron su normal desempeño, siendo que el Regulador ante dichas eventualidades no cumplió con los principios del derecho administrativo, de Verdad Material, Eficacia, Economía, simplicidad y celeridad, Informalismo, e Impulso de oficio consagrados en el artículo 4 de la Ley N° 2341, conforme a lo siguiente:

a) Auto emitido por la AP en fecha 18 de agosto de 2009: Tal como se manifestó en los antecedentes, el presente acto administrativo desconoció el recurso de revocatoria presentado por la EEC en fecha 04 de agosto del 2009, fundamentándose y concluyendo lo siguiente:

*'...CONSIDERANDO:.. que, con Auto de 7 de agosto de 2009 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, dispone la radicatoria del proceso administrativo regulatorio respecto al 'Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo', debiendo los regulados considerar el plazo de la etapa procesal correspondiente, el cual fue nuevamente computado a partir de la notificación a las parte(s) con la Radicatoria del proceso.*

*Que, mediante memorial de fecha 03 de agosto de 2009 la EEC interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A. 336/2009, recepcionada, por al(sic) Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, en fecha 04 de agosto de 2009.*

*Que de acuerdo a lo expuesto, se establece que el regulado habría presentado con anterioridad a la Radicatoria del Proceso Administrativo, el memorial por el cual interpone el Recurso de Revocatoria contra la R.A. 336/2009, sin considerar lo dispuesto por el Auto de 7 de agosto de 2009, que expresamente determina la prosecución formal del proceso.*

*Que, en ese entendido, encontrándose aún vigente el plazo para poder impugnar cualquier resolución que a criterio del sujeto regulado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos; la*

EEC podrá utilizar los medios recursivos permitidos por la normativa administrativa...' (Subrayado es nuestro)

Sobre dichos argumentos es importante aclarar que la EEC presentó el recurso de revocatoria una vez conocida la R.A./AP/DJ N° 6-2009 de fecha 10 de julio del 2009 (Publicada en medio de prensa en fecha **12 de julio del 2009**), que levantó la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios depuesta(sic) mediante Resolución Administrativa SPVS N° 392 de 4 de mayo de 2009; es decir **04 de agosto del 2009**; y que la notificación con el Auto de Radicatoria de la R.A. SPVS-IP N° 336/09, fue realizada en fecha **14 de agosto del 2009**, es decir con amplia posterioridad del primer acto administrativo (R.A./AP/DJ N° 6-2009), por lo que la EEC realizó los cómputos de plazos conforme al artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, al ser notificada con la R.A./AP/DJ N° 6-2009.

Por tanto, no obstante a que la AP mediante Auto de fecha 28 de agosto de 2009, aclaró la situación descrita por la R.A./AP/DJ N° 6-2009 con referencia a aquellos actos de carácter general o particular, y sobre cuales se requiere(n) los correspondientes Autos de radicatoria, con lo siguiente:

'...Al respecto, se recuerda a la EEC que los actos administrativos de alcance general, como son las Resoluciones Administrativas, que forman parte de los procesos administrativos regulatorios, comprendidos dentro de las previsiones de la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 6 – 2009 de 10 de julio de 2009, se encuentran sujetos a radicatoria para la prosecución formal del proceso...'

Corresponde manifestar que si bien la EEC no tuvo la certeza sobre la aplicabilidad de los autos de radicatoria a las resolución(es) Administrativas de alcance general, por lo que en estricto cumplimiento al artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, interpuso el recurso de revocatoria computando los 15 días hábiles administrativos desde la notificación con la R.A./AP/DJ N° 6-2009, por lo que consideramos que el Regulador no debió desconocer este acto de impugnación, sino más aún bajo los principios administrativos de Eficacia, Economía, simplicidad y celeridad, Informalismo, e Impulso de Oficio, admitir el recurso presentado en fecha 04 de agosto de 2009, y no así impulsar a la EEC a la presentación nuevamente del recurso de revocatoria en fecha 04 de septiembre del 2009, como se puede evidencia(r) en Autos, considerándose esta actitud dilatoria, para ello consideramos pertinente invocar el razonamiento jurídico plasmado mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 07/2006, en lo correspondiente a eficacia:

'...El principio de eficacia 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 previniendo 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 pudieren advertir durante la actuación.

*Es así, que se debe hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefinición 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 se busca satisfacer con la aplicación de este principio...'*

*Asimismo sobre lo anterior, el provocar que la EEC nuevamente deba presentar el Recurso de Revocatoria no solo provocó dilación del procedimiento de impugnación, sino que desconoció el impulso de oficio que debe dar al(sic) Administración Pública a los actos dados por sus regulados, orientando que los mismos se conduzcan de manera correcta dentro de procedimiento, sin que esto repercutan(sic) en su rechazo, bajo el informalismo que debe reinar en las actuaciones administrativa(s), para mayor concepción de(sic) debe tomar en cuenta que en caso de duda se debe considerar los aspectos más favorables al administrado, principio desprendido del precepto constitucional – in dubio pro reo- que debe ser ejecutado por la Administración Pública, en resguardo de las acción(es) del administrado.*

*Por tanto, lejos de desconocer en(sic) recurso de revocatoria presentado por la EEC en fecha 04 de agosto de 2009, la AP debió, una vez emitido el Auto de dedicatoria(sic) de la R.A. SPVS-IP N° 336/09 (Acto sujeto a la impugnación por dicho recurso), continuar con las etapas procesales del recurso planteado.*

- b) *Por otro lado es necesario ahora recordar que en los memoriales de recurso de revocatoria presentados ante la AP, en fecha 04 de agosto y 04 de septiembre del presente año, la EEC solicitó copia del Informe Legal SPVS-DL-N° 471/06 que fundamente a la R.A. SPVS-IP N° 336/09, tal como dicho acto fundamenta en su parte considerativa. De lo anterior la AP mediante Auto de fecha 09 de septiembre de 2009, remite copia legalizada del citado informe técnico, aclarando que hasta el 15 de septiembre (fecha de notificación del Auto de la AP) la EEC no tuvo conocimiento del ya cita(do) informe legal SPVS-DL-N° 471/2206, y como se puede evidenciar fue temporalmente posterior a la presentación del Recurso de revocatoria.*

*Una vez analizado el contenido del Informe Legal SPVS-DL-N° 471/06, la EEC evidenció que el contenido y recomendaciones del mismo no coincidían con las finalidades buscadas por la R.A. SPVS-IP N° 336/09, más aún se apartaban plenamente, por lo que la EEC presentó mediante memorial de fecha **01 de octubre del 2009** (dentro del plazo de 20 días hábiles para sustanciar y resolver dicho recurso conforme lo establece el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27275), solicitando inclusión de prueba de reciente*



obtención así (como) presentando argumentos sobre la misma, y solicitando a su vez la modificación del petitorio conforme a dicha documentación.

Sobre lo anterior la AP notifica a la EEC en fecha **05 de octubre del 2009** con el Auto de fecha **02 de octubre del 2009**, y la R.A./AP/DJ/Nº 80.2009 de fecha **01 de octubre de 2009** que confirma la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 336 de 30 de abril de 2009.

Sobre dicha situación la AP, al momento de emitir la citada R.A./AP/DJ Nº 80.2009, siguiendo el principio de verdad material debido(sic) indagar sobre los argumentos vertidos por la EEC en su memorial de fecha 01 de octubre de 2009, previo a resolver e(l) recurso de revocatoria, estando facultada para inclusive solicitar mayor información, o en su caso instruir apertura de período de prueba, conforme lo establece el artículo 62 de la Ley Nº 2341, asimismo el Auto de fecha 02 de octubre del 2009, emitido por la AP, no analizó los argumentos y documentación remitida por la EEC, y tampoco se pronunció sobre lo solicitado de manera integral, para su consideración transcribimos en sus partes importantes dicho acto administrativo:

*'...Que, asimismo, en el memorial de fecha 30 de septiembre de 2009, presentado el 01 de octubre de 2009, por la EEC, conforme lo establecen los artículos 18 y 47 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 y artículos 30 y 50 del Decreto Supremo Nº 27175, solicita la apertura de período probatorio. Que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ha emitido la Resolución Administrativa Nº 80.2009 de 01 de octubre de 2009, que resuelve el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 336/2009 de 30 de abril del 2009.'*

*'...RESUELVE:*

*ÚNICO: Estese a lo resuelto por la Resolución Administrativa Nº 80.2009 de fecha 01 de octubre de 2009...'*

De la lectura, como se manifestó previamente, dicho acto no se pronuncia sobre los argumentos, no(sic) sobre la totalidad del petitorio y menos sobre la prueba presentada, y se circunscribe solamente a responder sobre la solicitud de apertura de período probatorio extraordinario sobre la situación del registro de médicos calificadores, por lo tanto encontramos dicho auto insuficiente y limitado, asimismo consideramos importante mencionar que la AP, no rechazó mediante acto administrativo fundado, la prueba ofrecida por la EEC, manifestando que la misma fuere innecesaria, excesiva o meramente dilatoria conforme lo establece el artículo 29 del Decreto Supremo Nº 27175. Asimismo se debe considerar que las actuaciones del regulador deben buscar encontrar la verdad material de(l) caso puesto a su conocimiento, por tanto si bien la prueba presentada por la EEC fue posterior al plazo establecido por el artículo 50 del Decreto Supremo Nº 27175(sic), es decir 5 días hábiles posteriores a la interposición del recurso de revocatoria, siendo que como se puntualizó líneas arriba, la documentación

fue de conocimiento de la EEC en fecha 15 de septiembre, es decir **7 días hábiles posteriores a la interposición del recurso**, por tanto dichos elementos debieron ser considerados por el Regulador a tiempo de analizar el memorial presentado por la EEC, y bajo el principio de verdad material indagar en los argumentos vertidos y la prueba aportada, pues la misma no excedió el plazo de tramitación del regulador.

Para mayor consideración analizaremos lo razonado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ/48/2006 de 02 de agosto del 2006, sobre el Principio de verdad material:

*'...IV.3. Principio de Verdad Material o Verdad Jurídica Objetiva*

*La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuenta(sic) al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que haya(n) sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes, por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.*

*Entonces, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados.*

*De igual manera, no se debe dejar de lado que en el caso de procedimientos donde intervenga más de una persona la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, al(sic) autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.*

*En nuestra economía jurídica, se tiene que el artículo 4º, bajo el nomen iuris de 'Principios Generales de la Actividad Administrativa' literal d) de la Ley*

de Procedimiento Administrativo expresa: 'Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil'; marco normativo concordante con el artículo 5º del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a al(sic) Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI...'

- c) Finalmente sobre el análisis del procedimiento segurito(sic) por la AP, es preciso acudir a los Vistos de la R.A./AP/DJ N° 80.2009, que indica lo siguiente:

'...El recurso de Revocatoria interpuesto por la Entidad Encargada de Calificar (EEC) de fecha 04 de septiembre de 2009, ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 336 de 30 de abril de 2009 R.A. 336/2009), emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (exSPVS), el informe Técnico Legal INF/AP/DPC/DJ/50/09 de fecha 01 de octubre de 2009, y demás documentación que ver convino y se tuvo presente...'

Donde se puede evidenciar que la AP ante la presentación del recurso de revocatoria por parte de la EEC, no notificó con dicho recurso a los terceros interesados, que en este caso son las Administradoras de Fondos de Pensiones, y las Entidades Aseguradoras que administran los Seguros Previsionales, violentando así el principio de publicidad, siendo que dicho recurso afectó sus intereses y derechos legítimos, para ello invocamos el razonamiento jurídico realizado mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 62/2006 de fecha 12 de septiembre del 2006, (que) transcribimos en lo pertinente:

'...Puede definirse como terceros a los sujetos que aparecen como titulares de una situación jurídica actual o eventual afectada jurídicamente por el contenido de otra distinta, aunque puede tratarse de la misma relación jurídica que afecta de diversa o igual manera a más personas que las involucradas en el trámite o procedimiento administrativo correspondiente. Estos terceros interesados o terceros administrados como se los conoce también en la doctrina, 'son aquellos que pueden ser afectados por la resolución a emitirse en el procedimiento administrativo, sin que formen inicialmente parte del procedimiento' (González Pérez, Jesús: 'Manual de Procedimiento Administrativo', Edit. Civitas, 2000).

Así, los terceros interesados tienen especial importancia dentro de la tramitación de los procedimientos administrativos 'puesto que la existencia de terceros que pueden ser afectados por las decisiones de la Administración genera limitaciones de diversa naturaleza respecto la propia entidad y respecto a los administrados que son parte del procedimiento' (Guzmán Napuri, Christian: 'La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General', Edit. ARA, 2004). Y como bien apunta Jaime

*Orlando Santofimio, en su obra 'Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez', (se) ha diseñado la figura del tercero, o sujeto del cual se puede pensar que posee algún tipo de interés en los resultados de la actuación administrativa, por lo cual debe ser convocado al proceso, con el fin de garantizarle sus derechos procesales, y evitar alguna forma de nulidad de la actuación'.*

*Por otra parte, la doctrina del derecho Administrativo ha formulado la existencia y diferencia de los terceros administrados determinados y no determinados donde los primeros son aquellos cuyos derechos o intereses legítimos pueden resultar afectados con la resolución que se emita en un procedimiento administrativo por ello lo actuado en el mencionado procedimiento les debe ser comunicado mediante la notificación correspondiente. 'En este caso hablamos siempre de la llamada intervención provocada, en la cual el administrado es convocado de manera directa, por razones de interés público y en términos de protección de sus intereses' (Morón Urbina, Juan Carlos: 'El nuevo Régimen de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444', Edit. ARA).*

*En otro sentido, los terceros administrados no determinados, son aquellos que no están identificados en forma directa con la materia del procedimiento a quienes se los debe convocar mediante publicaciones de prensa (edictos) o de acuerdo a lo establecido en las legislaciones administrativas correspondientes.*

*En nuestra economía jurídica, la figura de los terceros interesados se encuentra contenida en el artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo lo cual, de manera general, expresa que 'Cuando de los antecedentes de una actuación administrativa se estableciera que, además de las personas comparecidas otras pudiesen tener un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado, se les notificará con las actuaciones para su participación en el proceso, sin que proceda retrotraer el procedimiento'.*

*Ahora bien, en lo que respecta a los medios de impugnación administrativa el artículo 60 del citado instrumento normativo manifiesta que 'si con la impugnación de una resolución se afectasen derechos subjetivos o intereses legítimos de terceras personas, individuales o colectivas, la autoridad administrativa deberá hacerles conocer la correspondiente impugnación, mediante notificación personal o por edictos a efectos de que los afectados se apersonen y presenten sus alegatos en el plazo de diez (10) días'. Precepto concordante con el artículo 41, parágrafo II, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 que a la letra señala que 'sin(sic) con la presentación del recurso se afectasen derechos subjetivos o intereses de terceras personas, individuales o colectivas, la Superintendencia que conozca del recurso deberá hacerles conocer la impugnación planteada,*

mediante notificación personal o por edicto, según corresponda, en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir de su notificación, para que se apersonen y formulen sus criterios o fundamentos con los mismos derechos que él o los recurrentes’.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional sostuvo que ‘(...) en todo proceso judicial o administrativo en el que la decisión final del mismo pudiera afectar los derechos o intereses de terceras personas, estas deben ser citadas o notificadas, según el caso, a los fines de que puedan ejercer, en igualdad de condiciones, el derecho a la defensa, ofreciendo las pruebas que consideren pertinentes y contravirtiendo las que se presenten en su contra dentro del proceso, de acuerdo con las formas propias de cada juicio y conforme a la normativa procesal pertinente’. (Sentencia Constitucional N° 1351/2003-R de 16 de septiembre).

En tal sentido, queda clara la obligación que tienen las Superintendencias del SIREFI de notificar a los terceros que puedan estar directamente interesados en los resultados de la decisión emergentes de un medio de impugnación administrativo, para que puedan hacer valer sus derechos o alegar informaciones y expresar sus opiniones antes de que se tome la respectiva decisión...’

Con la lectura –in extenso- de lo anterior, corresponde concluir que el procedimiento que concluyó con al(sic) R.A./AP/DJ N° 80.2009, se encuentra viciado por no haber notificado a los terceros interesados determinados, que en este caso son las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras que administran los seguros previsionales, siendo que las mismas contratan los servicios de médicos calificadores del SSO, y que los resultados del proceso recursivo de la R.A. SPVS-IP N° 336/09 claramente afectan sus intereses y derechos legítimos.

## **PETITORIO**

Conforme lo establece el artículo 11, 37, inc. a) del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el(sic) artículos 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 (Normativa aplicable al caso), solicito a su Autoridad ADMITIDA(sic) EL PRESENTE RECURSO JERÁRQUICO, y conforme al análisis de los fundamentos manifestados, REVOQUE TOTALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/AP/DJ/N° 80.2009 Y R.A. SPVS/IP N° 336 DE 30 DE ABRIL DE 2009) INCLUSIVE, conforme a los argumentos planteados en el presente memorial.

Asimismo Instruya en un plazo prudencial a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP a(sic) elaborar y emitir un Manual de Procedimientos para Médicos Calificadores del SSO, que reglamente la actividad y funciones de calificación, habilitación, registro, en estricto apego

*a la normativa vigente y que contenga un adecuado régimen sancionatorio para el ejercicio de la función de calificación, en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el Decreto Supremo N° 27175, y los principios administrativos sancionatorios, también recogidos por el mismo instrumento normativo' (...)"*

## **5. FORMULACIÓN DE CRITERIOS.-**

No obstante haber sido notificados como terceros interesados: BBVA Previsión AFP S.A., Futuro de Bolivia S.A. AFP, La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. y Seguros Provida S.A. con Auto de 24 de diciembre de 2009 y los terceros indeterminados mediante Edicto Publicado en La Razón el 31 de diciembre de 2009, ninguno de ellos se apersonó, ni presentó alegatos dentro del término dispuesto por el artículo 41 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

## **6. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-**

El 6 de enero de 2010, cumpliendo lo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente se llevo a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos, en la que la Entidad Encargada de Calificar (EEC) A.C. ratificó todos los argumentos contenidos en su Recurso de Jerárquico.

### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes, documentos que cursan en el expediente y de la exposición oral presentada por el recurrente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

## **1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

### **1.1. Sobre la citación de los Terceros Interesados.-**

Se ha podido evidenciar que, si bien la Ex SPVS notificó con la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 336/09 a los directos interesados, operadores del SSO: AFP's, Compañías de Seguros y Entidad Encargada de Calificar, sin embargo omitió notificar a los Médicos Calificadores registrados en la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y a los postulantes de registro que rindieron examen de habilitación en la gestión 2006 o en su caso médicos, en su calidad de terceros interesados indeterminados.

Asimismo se ha evidenciado que, el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Entidad Encargada de Calificar contra la Resolución Administrativa SPVS IP N° 336/09 tampoco fue notificado a los terceros interesados, ni directos ni indirectos.

Aunque el artículo 25, párrafo I del Decreto Supremo N° 27175, invocado por el ente regulador en la nota AP/DJ/1663/2009 de 3 de diciembre de 2009, establece que las Resoluciones de alcance general **podrán** (potestativo) ser publicadas en un periódico de circulación nacional, no debe olvidarse que las normas se interpretan y aplican en su conjunto, es así que la Ley 2341 al determinar la validez y eficacia de los actos jurídicos en el artículo 33, romano VI dispone que: *“cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el domicilio de ellos, o intentada la notificación, ésta no hubiera podido ser practicada, la notificación **se hará** (imperativo) mediante **edicto publicado** por una vez en un órgano de prensa de amplia circulación nacional o en un medio de difusión local de la sede del órgano administrativo”*, se advierte entonces que no es potestativo de la autoridad administrativa, notificar el acto que interese a un particular o a un tercero, pues su conocimiento es una condición de seguridad jurídica, requisito indispensable para el cumplimiento de las normas y cabal funcionamiento de un estado de derecho. Lo contrario equivaldría a consagrar la arbitrariedad, ya que en tales condiciones la administración podría tomar determinaciones secretas en perjuicio de terceros interesados quienes al no haberse enterado oportunamente no podrían defenderse. El hecho de que el acto se notifique al particular directamente interesado, pero no al tercero también interesado, puede dar lugar a la ejecutoria del acto administrativo en perjuicio de terceros de buena fe. (Las negrillas y la aclaración contenida en los paréntesis corresponden a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

## **1.2. Relación de Agravios presentados.-**

### **1.2.1. Respecto al Artículo segundo de la R.A. SPVS-IP N° 336/09.-**

La presente Resolución Ministerial Jerárquica, no puede entrar a considerar ningún argumento referido al Artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 336/09, por las siguientes razones:

a) En el mes de octubre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones organizó y llevó a cabo el curso de capacitación en el uso del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (MANECGI) actualizado y Lista de Enfermedades (LEP), a objeto de que los médicos nacionales inscritos puedan habilitarse al Registro de Médicos Calificadores.

En dicho evento participaron 129 médicos, habiendo aprobado la evaluación con un puntaje mayor al requerido, 18 profesionales de los cuales 7 se habilitaron el 10 de diciembre, 3 el 24 de diciembre de 2009 y 1 el 3 de febrero de 2010, haciendo un total de 11 médicos habilitados como Médicos Calificadores, conforme se puede evidenciar de la página WEB de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

b) A la fecha de emitir la presente Resolución Ministerial Jerárquica el plazo fijado para su transitoriedad se encuentra por demás vencido.

**1.2.2. Respecto Al Anexo de la R.A. SPVS IP N° 336/09, Manual de Médicos Calificadores del SSO el recurrente alega:**

- ***“...es necesario que nuestra entidad sea informada de manera frecuente y dentro de plazos razonables, sobre la habilitación, registro, y cancelación de registro de médicos calificadores en el SSO, situación que no se encuentra consagrada en la R.A. SPVS-IP N° 336/09, por lo que solicitamos la inclusión de las formas y plazos en que la EEC sería informada de manera oportuna sobre la situación y modificaciones a la Lista de Médicos Calificadores registrados para la calificación del SSO, esto garantizará las funciones y finalidades de nuestra entidad”.***

Afirmar que la R.A. SPVS/IP/N°336/09 no consagra la forma en la que la entidad recurrente pueda informarse sobre la habilitación, registro y cancelación de registro de los médicos calificadores no es veraz, toda vez que los artículos tercero y cuarto del Anexo I, disponen que dicha información puede ser extraída de la página WEB de la entidad reguladora, y como tal allí se encuentra de manera actualizada, razón por la que el agravio presentado por la entidad recurrente, ha sido atendido por el ente regulador a tiempo de la Resolución Administrativa impugnada.

- ***“...es necesario un procedimiento de solicitud de las partes interesadas, que fuera de los cursos de capacitación impartidos por el Regulador, estos se capaciten por cuenta propia a efectos de habilitarse para la calificación del SSO...”***

Toda vez que este punto no hace al contenido del Manual, impugnado, esta inquietud del recurrente deberá ser tomada en cuenta por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, por cuerda separada.

- ***“no se debe olvidar que la falta de precisión en la normativa en cuanto a los medios de prueba idóneos y/o los medios de comprobación; y los mecanismos de defensa del médico calificador recusado o de la verificación de los fundamentos de aquel médico calificador que invoque su excusa sobre un caso determinado, podrían posibilitar el uso desmedido e infundado de las excusas y recusaciones, que no tengan asidero en el derecho, convirtiéndose en medios de abuso de la normativa”.***

Las causales de excusa y recusación, comunes a todas las áreas del derecho, entendidas como la facultad concedida por Ley a las partes en un proceso sea para apartarse o ser apartado del conocimiento de un determinado asunto, también ha sido recogida en el Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, como una garantía de imparcialidad en el proceso de calificación.



El artículo Octavo, denominado Excusas y Recusaciones, contempla 5 causales, 4 de las cuales son objetivas y de producirse pueden fácilmente ser verificables por cualquier medio de prueba; sin embargo la causal 3 referida a "emitir criterio sobre el caso a calificarse", es una causal presente en la capacidad subjetiva que va desde haber emitido opinión sobre el punto concreto, es decir haber prejuzgado, hasta haber simplemente dado un consejo. Esta capacidad subjetiva consiste, en términos de Rocco, *"en una serie de condiciones en el que el sujeto físico debe encontrarse para que pueda realizar las funciones a él confiadas y ejercer el oficio que desempeña que constituyen una verdadera capacidad en los sujetos. Privan de capacidad subjetiva los impedimentos que son los hechos o circunstancias personales que concurren en un funcionario y que lo obligan a inhibirse del conocimiento de manera voluntaria (excusa) o a solicitud de parte (recusación) "*

De lo precedentemente citado, se llega a la conclusión de que el temor del recurrente de que se **"podría posibilitar el uso desmedido de las excusas y recusaciones, que no tengan asidero en el derecho"**, es infundado toda vez que 4 de las causales se encuentran claramente especificadas y la 5ta. (emitir criterio) aunque tiene parámetros subjetivos muy amplios requieren de circunstancias ostensibles, basadas en hechos fundados e inequívocos de modo de evitar el simple deseo de exclusión de un médico sin fundamento. Tampoco debe olvidarse que las solicitudes de Excusa y Recusación están sometidas a un procedimiento de aceptación o rechazo, constituyendo el mismo otro modo de control.

- ***"...De lo anterior el artículo noveno del anexo a la R.A. SPVS-IP N° 336/09, establece de manera artificiosa y confusa primero que la cancelación del registro implica la inhabilitación para ejercer como médico calificador del SSO, pero al diferenciar de cancelación temporal y cancelación definitiva (cuyos términos deberían referirse solamente a la inhabilitación temporal y permanente), no establece de manera clara e inequívoca si la 'Cancelación Temporal de registro' tiene los efectos de la inhabilitación temporal, y la 'Cancelación Definitiva' tiene los efectos de inhabilitación permanente..."***

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, **Cancelaciónes:** *"Anular, dejar sin validez, hacer ineficaz una inscripción en un registro"* el **Inhabilitación** es la *"Sanción de un delito consistente en la prohibición para desempeñar determinados empleos y funciones. Sobre la base del tiempo que dure la inhabilitación es permanente si dura por toda la vida, y temporal, si solo dura el tiempo de la pena principal u otro que el juez señale"*.

De los términos glosados se infiere que cancelación e inhabilitación son dos conceptos con acepciones propias y distintas y así han sido aplicados en el Artículo Noveno del Manual, debiendo entenderse lo siguiente:

- a) Cuando un postulante cumple con todos los requisitos determinados por el Decreto Supremo 27824 y el artículo tercero del Manual impugnado, el ente

- regulador emite la correspondiente Resolución de habilitación que da lugar a que el Médico **sea inscrito** en el Registro de Médicos Calificadores del SSO, siguiendo el procedimiento establecido para el efecto.
- b) La vigencia de la habilitación y del registro será de dos años a partir de la gestión en la que se rindió el examen.
  - c) La cancelación del registro inhabilita al Médico para ejercer las funciones de Médico Calificador por las causales señaladas en los artículos 7 y 9, es decir de manera temporal o definitiva.

Por lo que, la entidad recurrente no debe confundir la Cancelación **del Registro** como tal de un médico ya habilitado (que claro implica la inhabilitación), y la Habilitación referida a la posibilidad de un médico de **poder ejercer** la actividad de médico calificador.

Sin embargo, de los términos glosados se infiere que cancelación e inhabilitación son dos conceptos con acepciones propias y distintas. El Artículo Noveno del Anexo I del Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores al SSO establece: “**(Cancelación de Registro).**- La **CANCELACION DE REGISTRO IMPLICA LA INHABILITACION** para ejercer como Medico Calificador del SSO, y se da...”. Como bien observa el recurrente, la redacción de este artículo es confusa porque la cancelación, de ninguna manera significa ni implica, inhabilitación temporal para ejercer un cargo.

Esta confusión de términos, que hace es trasladada a la Cancelación temporal de Registro y a la Cancelación definitiva, y como lo expresa la EEC “**no establece de manera clara e inequívoca si la ‘Cancelación Temporal de registro’ tiene los efectos de la inhabilitación temporal, y la ‘Cancelación Definitiva’ tiene los efectos de inhabilitación permanente...**”.

Es así que esta confusión, ha llevado al regulado a la confusión, situación que debe enmendarse.

Con respecto a la causal 2) del Romano I) (Cancelación temporal de Registro), es necesario precisar que de la lectura sistemática de la norma se entiende que cuando un médico conociendo que existe una o varias causales por la que deba excusarse y no lo hiciere, será sometido a procedimiento administrativo, que de comprobarse podría dar lugar a que una de las sanciones a ser aplicadas sea la cancelación temporal del registro y consecuente inhabilitación de al menos dos años.

Por ello cuando la entidad recurrente expresa que: “*una vez recibida la documentación que sustente la cancelación temporal o definitiva, el Regulador emite resolución administrativa en un plazo de (20) días hábiles administrativos*” debe considerar que la Autoridad de Fiscalización y Control Social cuenta precisamente con dicho plazo por imperio de la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175 para emitir Resolución Administrativa y el regulado (en este caso el Médico Calificador) cuenta exactamente con los 15 días, posteriores su notificación, (determinados por el Procedimiento Administrativo) para impugnar dicho acto.

Por tanto, el recurrente incurre en error cuando afirma que se estarían **“transgrediendo las etapas procesales establecidas en el procedimiento sancionatorio consagrado en el Decreto Supremo N° 27175”** por cuanto la Administración Pública tiene como finalidad fundamental fortalecer la visión garantista que debe orientar todo procedimiento administrativo sancionador, de forma tal, que se respete la esfera jurídica de la persona a quien se le imputa alguna falta.

- **La Entidad recurrente alega también que la Ex SPVS ha incurrido en una confusión entre la nulidad y la anulabilidad al establecer en el Artículo Décimo las Causales de anulación.**

Para una visión esquemática del régimen de la invalidez en Derecho Administrativo, debe partirse del principio de legalidad. Este principio implica que la actuación de la administración (en este caso la del médico calificador) debe encontrarse bajo el amparo de una norma jurídica previa, sea de rango constitucional, legal o reglamentario, según los casos.

Siguiendo al Prof. Dr. José Bermejo Vera que señala: *“Cuando la administración pública infringe las normas, material o formalmente, vulnerando el contenido sustantivo de algún precepto o las reglas jurídico-formales que condicionan el ejercicio de la actividad administrativa, sus actos son inválidos. La invalidez, sin embargo, no implica las mismas consecuencias jurídicas ni fácticas. En el momento en que hay actuación irregular, o sea, no conforme a las reglas y, portanto, contra el principio constitucional de legalidad, los acuerdos, actos, decisiones de la Administración son “nulos de pleno derecho” o son “anulables”, que son conceptos de consecuencias o efectos jurídicos diferentes. También pueden producirse en la actuación administrativa “simples irregularidades” que no provocan la invalidez de la misma.*

*Al contrario de lo que ocurre en el Derecho privado, en el que la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad se encuentra sobre todo en la posibilidad de convalidación de los actos o negocios jurídicos viciados, en Derecho administrativo nulidad y anulabilidad son dos categorías fundamentalmente diferenciadas en lo que se refiere al control de los actos administrativos no válidos »*

El régimen de las Nulidades y Anulabilidades ha sido recogido por nuestra Economía Jurídica Administrativa en el Capítulo V, artículos 35 y 36 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, en el que claramente se establece, entre otros, que son nulos los actos dictados por autoridad sin competencia y los que hubieren sido dictados prescindiendo del procedimiento establecido.

En el caso que nos ocupa, el Artículo Décimo del Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores del SSO, establece las causales de anulación reenviando para ello al artículo Séptimo (Prohibiciones) que consta de 5 causales, 4 de las cuales (II, III, IV y V)

están referidas a la falta de competencia y omisión de procedimiento, que hacen los elementos esenciales del Acto Administrativo conforme reza el Artículo 28 del mismo cuerpo sustantivo, constituyendo por tanto causales de nulidad y no de anulabilidad, como erradamente lo ha interpretado el órgano regulador.

Esta falta de claridad y confusión en algunos términos utilizados por el Manual de Procedimiento para Médicos Calificadores y que han sido analizados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, determinan la Confirmatoria parcial de la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 80.2009 de 01 de octubre de 2009, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a) del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia,

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 80.2009 de 01 de octubre de 2009, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 336 de 30 de abril de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, confirmándose en parte y modificándose los siguientes artículos del Anexo I “Manual de Procedimiento de Médicos Calificadores”:

I. Se modifica el Artículo Noveno con el siguiente texto:

**“NOVENO.- (INHABILITACIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTRO).-** *La inhabilitación y cancelación de registro prohíbe al Médico Calificador del SSO ejercer su actividad, y se da en una de las siguientes circunstancias:*

#### **I. Inhabilitación temporal de Registro:**

1. *Cuando el Médico Calificador del SSO al vencimiento de su registro, rinda el examen de habilitación para el siguiente período bienal y obtenga una calificación menor al setenta por ciento (70%).*
2. *Cuando el Médico Calificador del SSO, no se hubiere excusado de*

calificar un caso, pese a encontrarse dentro de las causales determinadas por el artículo octavo anterior.

En este caso, la inhabilitación temporal sólo aplicará para la primera vez y por un período de al menos dos años.

3. Cuando el Médico Calificador del SSO, se encuentre comprendido dentro de las causales determinadas en el artículo séptimo anterior.

En todos los casos enunciados, el médico podrá habilitarse nuevamente, una vez que apruebe el examen siguiente después de transcurrido un período no menor a dos (2) años.

## **II. Cancelación definitiva de Registro:**

- Cuando el Médico Calificador del SSO sea reincidente por alguna de las causales descritas para la Cancelación Temporal de Registro.
- Si una Resolución Administrativa de Sanción así lo establece.
- Si califica cuando no se encuentra habilitado.

## **III. Procedimiento de cancelación de Registro:**

La SPVS emitirá Resolución Administrativa que inhabilite temporal o cancele definitivamente el Registro del Médico Calificador del SSO, en un plazo de veinte (20) días hábiles administrativos de recibida la documentación completa que avale la cancelación.

En el caso de inhabilitación temporal deberá especificarse las gestiones que abarca la misma.

Para la inhabilitación temporal o cancelación definitiva, deberá salvarse el derecho del médico de aclarar documentalmente su situación, dentro del plazo establecido de quince (15) días hábiles administrativos de notificada con la Resolución Administrativa.

La SPVS deberá actualizar la Lista de Médicos Calificadores del SSO habilitados en la página WEB de la SPVS, eliminando a aquellos médicos que cuente con Resolución Administrativa de inhabilitación o cancelación de registro.

Asimismo, y una vez que la Resolución Administrativa se encuentre firme en sede administrativa, publicará mediante página WEB de la SPVS la lista de aquellos médicos que cuenten con cancelación definitiva de su registro"

## **II. Se modifica el Artículo Décimo con el siguiente texto:**

**"DÉCIMO.- (CAUSALES DE NULIDAD).-** En el evento que el Médico Calificador del SSO, se encuentre comprendido en alguna de las causales determinadas en la presente Resolución Administrativa que le prohíba calificar en el SSO y lo haya

*hecho, el Dictamen en el cual haya participado dicho médico, es nulo por lo tanto deberá retrotraerse hasta el vicio más antiguo. Para tal efecto la SPVS deberá emitir Resolución Administrativa motivada que declare nulo el proceso de calificación, previa recopilación de los documentos probatorios, a efecto de que se vuelva a calificar ajustándola a derecho.*

*Esta situación generará el inicio del procedimiento administrativo correspondiente tanto al médico calificador como a las Entidades Reguladas involucradas, implicando inclusive y según corresponda en la cancelación de la habilitación y registro del médico calificador, sanciones y reparaciones de de daños.”*

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora  
Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

ALIANZA DE VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. Y  
LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 312/2009 DE 06 DE OCTUBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 DE 17 DE MARZO DE 2010**

**FALLO**

**ANULA**





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010**

La Paz, 17 de marzo de 2010

### **VISTOS:**

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** por una parte y por otra por el Señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**; la Resolución Administrativa ASFI N° 312/2009 de 06 de octubre de 2009; los antecedentes que conforman el expediente elevado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; el Informe final MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°014/2010 de fecha 12 de marzo de 2010 emitido por el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las competencias conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, mediante memorial presentado el 23 de octubre de 2009, el Señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 312 de fecha 06 de octubre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la

Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 27 de octubre de 2009, la Entidad Aseguradora **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, representada legalmente por su Gerente Administrativo Financiero Lic. Segundo Luciano Escobar Coronado, según consta del Testimonio de Poder N° 94/2001 de 20 de junio de 2001, otorgado por ante Notario de Fe Pública, Dr. Eduardo Antelo Chávez, del Distrito Judicial de Santa Cruz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 312 de fecha 06 de octubre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-52371/2009 de 30 de octubre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió, en la misma fecha al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, los Recursos Jerárquicos citados y demás antecedentes. Ambos recursos fueron admitidos por esta instancia jerárquica a través de Auto de Admisión fechado el 4 de noviembre de 2009.

Que, mediante Auto de 9 de noviembre de 2009, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, designando al Lic. Roberto Ugarte, Viceministro de Política Tributaria para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Guillen en la tramitación del Proceso Recursivo hasta su conclusión.

Que, mediante Auto de 10 de noviembre de 2009 el Viceministro de Política Tributaria acepta y aprueba las excusas presentadas por Fatma Santiago Salame, Iván Rojas Yanguas y Nelson Martinic Vásquez, designando a la abogada Sonia Jannet Dips Salvatierra, para que asuma las responsabilidades y obligaciones emergentes de la tramitación del proceso recursivo.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 28 de diciembre de 2009 se amplía el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos, para resolver los Recursos Jerárquicos interpuestos por LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ y ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 022 de 04 de febrero de 2010, publicada en el Matutino La Razón el 12 de febrero del mismo año, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas delega a la Viceministra de Política Tributaria, Dra. Julia Susana Ríos Laguna, la emisión y firma de todo actuado administrativo necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexas, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, de los procesos recursivos en los que el Viceministro de Pensiones y Servicios Financiero, Ing. Mario Guillen Suárez, presente excusa o sea recusado.

Que, mediante Auto de 18 de febrero de 2010, se resuelve rechazar la solicitud de recusación interpuesta por Alianza Vida Seguros y Reaseguros contra la funcionaria Sonia J. Dips Salvatierra.

Que, mediante Auto de 4 de marzo de 2010, se acepta la excusa presentada por la funcionaria Sonia J. Dips Salvatierra, separándola del conocimiento de la causa a partir de la fecha de notificación de dicho acto administrativo, misma que se fundamenta en el marco de garantía de imparcialidad con la que se llevan los trámites en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, mediante Auto de 11 de marzo de 2010, se acepta la excusa presentada por la funcionaria Ericka Marisol Balderrama Pérez, separándola del conocimiento de la causa, misma que a su vez se fundamenta en el marco de garantía de imparcialidad con la que se llevan los trámites en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, designando a la Abog. Patricia Mirabal Fanola, para el conocimiento de la causa hasta su conclusión.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 085/2009 DE FECHA 11 DE AGOSTO DE 2009.-**

Que mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, rectificadas a "11 de agosto de 2009" por la Resolución Administrativa ASFI N° 101/2009 de fecha 17 de agosto de 2009, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dispone:

**PRIMERO.-** Sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros de Vida S.A. con la imposición de una multa de Bolivianos 260.397 (Doscientos Sesenta Mil Trescientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos) y con la prohibición de presentarse durante tres meses a licitaciones públicas y/o privadas, al haberse comprobado la comisión de infracciones graves a la normativa que regula el Mercado de Seguros.

**SEGUNDO.-** La multa deberá ser depositada en la Cuenta del Banco Central de Bolivia N° 865 TGN- Cuenta Transitoria en Moneda Nacional, habilitada para tal efecto, en el plazo de quince (15) días que corren a partir de la notificación con la presente Resolución.

**TERCERO.-** Desestimar el cargo N° 9 contenido en la CITE: SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008.

**CUARTO.-** La Dirección de Supervisión de Seguros queda a cargo del cumplimiento de la presente Resolución.

**QUINTO.-** Disponer la publicación de la presente Resolución Administrativa, en un órgano de prensa de circulación nacional."

## 2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

### 2.1. MEMORIAL PRESENTADO POR LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ.-

Mediante memorial presentado el 04 de septiembre de 2009, el Señor LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 085/2009 y contra la Resolución ASFI N° 141/2009 de 26 de agosto en mérito a los siguientes fundamentos:

**“...1) INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DE INFRACCIÓN Y SANCIÓN IMPUESTA**

La Resolución ASFI N° 085/2009, ha establecido a cabalidad y ratificado las sanciones que fueron atribuidas inicialmente a Alianza Vida S.A. a través de una valoración razonada de las pruebas aportadas en el transcurso del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

**Sin embargo, cuando la ASFI ingresa a efectuar las consideraciones acerca de la calificación de la infracción y la normativa jurídica que sustenta la imposición de la infracción, se puede apreciar que se ha incurrido en infracción y errónea aplicación del Art. 52 de la Ley de Seguros.**

Previamente, debemos partir de un hecho cierto y verdadero el cual es que la Entidad Aseguradora **HA INCURRIDO EN INFRACCIONES DE NATURALEZA INSUBSANABLES** y esta situación no es una simple apreciación personal sino que surge de los siguientes aspectos:

(...) Ver transcripción realizada del memorial presentado por el Sr. Luis Artemio Lucca, inserto en el numeral 5.1 del presente Considerando.

**...ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.** Con la abundante explicación doctrinal y jurisprudencial antes desarrollada, ingresando en el análisis del caso concreto se puede evidenciar que la ASFI en el Sexto 'Considerando' de la Resolución N° 085/2009 ingresa a mencionar ciertos parámetros acerca de los principios de legalidad y de discrecionalidad.

Sin embargo, y al parecer, se pretende utilizar la discrecionalidad administrativa para pretenderse encajar las conductas infractoras de Alianza Vida S.A. dentro de la categoría de 'graves', situación equivocada por lo siguiente:

- a) Siguiendo los cargos que han sido imputados y comprobados contra Alianza Vida S.A., ha quedado claro que las infracciones administrativas cometidas por esta Entidad Aseguradora **NO PUEDEN SER ENMENDADAS, CORREGIDAS O SUBSANADAS.** Para ello solo basta preguntar a la ASFI si ¿será posible que Alianza Vida S.A. en la actualidad pueda enmendar el hecho de no haber entregado el certificado de cobertura **a mi fallecida esposa?**; pues obviamente que no, al igual que ya no se puede en la actualidad enmendar o subsanar el hecho de haberse comercializado la Póliza N° 600055 con condicionados no registrados, salvo que se pudiera retroceder en el tiempo, situación que asumo es imposible. Y Así un número de hechos demostrados que determinan lo insubsanable de los ilícitos cometidos por Alianza Vida S.A.
- b) Como se tiene anotado en el punto 1. del presente memorial, el Art. 52 de la Ley de Seguros es lo suficientemente claro al expresar los tipos de infracciones y las sanciones correspondientes para cada caso, pudiendo comprobarse que cuando la comisión de dichas infracciones **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE, COMO EN EL**

- PRESENTE CASO, LA ÚNICA SANCIÓN QUE ESTABLECE LA LEY ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MAS**, no existiendo posibilidad alguna de elegir la sanción en las infracciones insubsanables porque la Ley no otorga a la ASFI esa posibilidad.
- c) Bajo estricta observancia del principio de legalidad administrativa, el Art. 52 de la Ley de Seguros es por demás claro al mencionar que **CUANDO SE PRESENTAN INFRACCIONES INSUBSANABLES LA SANCIÓN APLICABLE ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MAS**, no existiendo para este tipo de infracciones insubsanables la imposición de otro tipo de sanciones.
- d) El principio de discrecionalidad sólo sería aplicable si el Art. 52 de la Ley de Seguros en lo referente a las infracciones insubsanables diera a elegir a la Autoridad entre imponer una multa y/o suspensión o disponer la revocatoria de la autorización de funcionamiento. Sin embargo **LA LEY DE SEGUROS NO HA OTORGADO ESE MARGEN DE ELECCIÓN A LA ASFI POR CUANTO LA ÚNICA SANCIÓN PARA INFRACCIONES INSUBSANABLES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS**. En consecuencia, la ASFI aplica equivocadamente la discrecionalidad y vulnera el principio de legalidad al no dar cumplimiento estricto a la calificación de la infracción como insubsanable y a la imposición de la sanción para este tipo infraccional que es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.
- e) Finalmente, llama mucho la atención el aforismo utilizado por la ASFI denominado 'restringir lo odioso y 'aplicar' lo favorable', toda vez que no considero que exista nada 'odioso' que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. haya obrado de manera ilícita **POR MUCHOS AÑOS A LA VISTA Y PACIENCIA DE LOS ÓRGANOS REGULADORES DE TURNO**. No encuentro nada 'odioso' que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. nunca emitió, entregó, ni registró Certificados de Cobertura ocasionando perjuicio a mi persona y mi señora esposa fallecida como asegurados. No encuentro nada 'odioso' que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. comercializó condicionados de la Póliza N° 600055 de manera ilegal al no haber estado los mismos registrados en la SPVS. No encuentro nada 'odioso' que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. haya operado con un reasegurador no registrado en la SPVS; y así sucesivamente.

Y en cuanto al término 'aplicar lo favorable', más pareciera que lo único favorable que se ha 'aplicado' por la ASFI es la sanción errónea impuesta a Alianza Vida S.A. la cual en pocas palabras ha sido favorecida con una decisión 'favorable' (valga la redundancia) al no haberse aplicado el castigo que la Ley determina.

En ese contexto, resulta ser inaplicable el precepto jurídico antes señalado habida cuenta que, como se ha explicado, las conductas infractoras de Alianza Vida S.A. se han configurado en una burla manifiesta a los órganos de regulación de Estado y a las propias normas jurídicas administrativas por ellos emitidas; con el añadido de que ningún aforismo puede estar por encima de la Ley.

**3) VIOLACIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE TIPICIDAD** Ingresando ahora en el análisis del Séptimo 'Considerando' de la Resolución ASFI N° 085/2009, se puede observar que se hace mención a los principios de proporcionalidad y de tipicidad para tratarse de justificar la calificación de las infracciones de Alianza Vida S.A. y la posterior aplicación de la sanción.

Sobre el particular, me permito demostrar a continuación la existencia de violación y errónea aplicación de dichos principios.

**SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.** La Resolución ASFI N° 085/2009 se basa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre la misma que señala lo siguiente:

'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'

Si aplicamos correctamente el contenido jurisprudencial antes mencionado **AL CASO EN PARTICULAR**, se puede apreciar que inclusive así se encuentra comprobado que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son de naturaleza **INSUBSANABLE** y que la sanción aplicable debió ser la revocatoria de la autorización de funcionamiento por lo siguiente:

- Según el parámetro **a)** de la Resolución Jerárquica 38/2006 se determina que los hechos deben encontrarse previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable.

En el caso en particular, ha quedado por demás claro que los hechos, que se configuran en las conductas infractoras de Alianza Vida S.A. **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE AL NO EXISTIR POSIBILIDAD MATERIAL DE QUE PUEDAN CORREGIRSE O ENMENDARSE LAS ACCIONES IRREGULARES QUE FUERON LLEVADAS A CABO POR ESTA ASEGURADORA**, extremos que efectivamente se encuentra(sic) calificados como **INFRACCIONES INSUBSANABLES** en el Art. 52 de la Ley de Seguros que constituye la norma aplicable.

- Según el parámetro **b)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado.

En el caso en particular, y luego de siete (7) años de negárseme la investigación de mis denuncias, se llega a emitir la Resolución ASFI N° 085/2009 la cual, según se tiene de su Cuarto 'Considerando' **HA PROBADO Y DEMOSTRADO PLENAMENTE** la comisión de las infracciones por parte de Alianza Vida S.A.

- Según el parámetro **c)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina 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.

En el caso en particular, la ASFI incumple con este parámetro de proporcionalidad toda vez que **AL ENCONTRARSE DEMOSTRADO Y COMPROBADO** que Alianza Vida S.A. ha incurrido en infracciones **INSUBSANABLES** las cuales no se pueden corregir ni enmendar en el tiempo (hechos imputados), **OMITE ESTABLECER LA SANCIÓN ÚNICA Y LEGALMENTE APLICABLE QUE CORRESPONDE A ESTOS HECHOS** (responsabilidad exigida) que consiste en la revocatoria de la autorización de funcionamiento de acuerdo al Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que corresponde a las infracciones insubsanables.

Asimismo, y a mayor abundamiento, si acudimos a la Jurisprudencia Comparada, tenemos que la **Corte Constitucional de Colombia** mediante Sentencia C-591/93, al hacer referencia al principio de proporcionalidad ha sostenido lo siguiente:

'La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. **En esa tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley (...).**El juicio de proporcionalidad – **que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la Ley.** 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'.

Utilizando este criterio jurisprudencial, se acredita nuevamente el error en el cual ha incurrido la ASFI al intentar aplicar el principio de proporcionalidad para imponer una sanción benevolente contra la Entidad Aseguradora, por cuanto es por demás claro que la Autoridad que aplica una sanción **SE ENCUENTRA OBLIGADA A IMPONER LA PENA CONSAGRADA EN LA LEY** de acuerdo al comportamiento del infractor, lo cual trasladado al presente caso deriva en que al ser **INFRACCIONES INSUBSANABLES** las que fueron cometidas por Alianza Vida S.A. **LA SIMETRÍA CORRECTA DE LA SANCIÓN ES UNA SOLA: LA REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO CONFORME ESTABLECE EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS;** no quedando posibilidad de desviarse del sentido estricto que la Ley ha diseñado en cuanto a las sanciones por la comisión de infracciones insubsanables. Precisamente por ello, la Doctrina Administrativa ha entendido que el principio de proporcionalidad debe ser concebido 'como una eficaz herramienta en la lucha **contra la discrecionalidad de la Administración y contra su poder soberano para decidir la sanción fuera de los parámetros de la Ley**' (Quirós Lobo, José Mario, 'Principios del Derecho Sancionador', Editorial Comares, España, 1996).

Por ello, la propia Ley de Procedimiento Administrativo en su Art. 75 indica sin lugar a equivocaciones que 'El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas **no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas**', precepto legal que, aplicado también a este tema, deriva en que la ASFI con la equivocada sanción impuesta contra Alianza Vida S.A. no hace más que 'beneficiar' a esta compañía **POR ENCIMA DE VERIFICAR QUE LAS NORMAS INCUMPLIDAS NI SIQUIERA A LA FECHA PUEDEN SER CUMPLIDAS POR SER INSUBSANABLES,** lo que agrava inclusive la condición de Alianza Vida S.A.

En consecuencia, resulta evidente que el principio de proporcionalidad **NO ES UNA HERRAMIENTA PARA DISMINUIR SANCIONES O IMPONER AQUELLAS QUE MEJOR LE PAREZCAN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SINO PARA DETERMINARLAS DE ACUERDO A LA LEY,** lo cual en este caso, se traduce en que se tiene abundantemente expresado y corroborado que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **SON INSUBSANABLES** aspecto que, inclusive bajo el principio de proporcionalidad, da lugar a que se aplique la sanción correspondiente (para la categoría de infracciones insubsanables) cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

**SOBRE EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.** Es importante en este punto remitirnos a la Jurisprudencia Administrativa y propiamente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto la cual señaló lo siguiente:

'(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (**praeceptum 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'

Bajo los parámetros anteriores, puede establecerse que el *praeceptum legis* se encuentra conformado por las normas legales y administrativas que han sido infringidas por Alianza Vida, configurándose la conducta de esta compañía como **INSUBSANABLE, POR CUANTO, LAS VIOLACIONES NORMATIVAS EN LAS QUE HA INCURRIDO LA ASEGURADORA NO PUEDEN SER ENMENDADAS O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD.** Por su parte la *sanctio legis*, correspondiente a las infracciones **INSUBSANABLES** se halla ubicada en el Art. 52 de la Ley de Seguros que determina que la única sanción posible para la comisión de infracciones insubsanables es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Así, la ASFI incurre en una violación del principio de tipicidad, por cuanto **ES POR DEMÁS CONTUNDENTE QUE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR ALIANZA VIDA S.A. SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE, NO CORREGIBLE NI ENMENDABLE Y EN ESE CASO LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE PARA ESTE TIPO DE INFRACCIONES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

Por tal motivo, es contradictorio que la ASFI a sabiendas de que las infracciones de Alianza Vida S.A. son insubsanables en el tiempo, pretenda utilizar normas relativas a las 'infracciones graves' **Y MÁS AÚN SE APLIQUE EL REGLAMENTO DE SANCIONES DEL SECTOR SEGUROS QUE ES UNA SIMPLE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, DEJÁNDOSE DE LADO LA OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN PREFERENTE DE LA LEY DE SEGUROS** bajo el principio constitucional de jerarquía normativa.

#### **4) SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

La palabra **INSUBSANABLE** significa todo aquello que no puede repararse o enmendarse y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros.

A lo largo del presente escrito, mi persona ha demostrado sin lugar a equivocaciones ni subjetivismos, que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **SON INSUBSANABLES** por cuanto las mismas no pueden ser corregidas en la actualidad y mucho menos enmendadas o subsanadas.

Sin embargo, fuera de la legalidad, la ASFI en la Resolución ASFI N° 141/2009 señala que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. serían de naturaleza 'grave'. **EMPERO PARA QUE DICHO ARGUMENTO SEA CONVINCENTE Y RESPETE EL DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA, EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS, PUES LA ASFI DEBIERA SEÑALAR DE MANERA FUNDAMENTADA CÓMO ES POSIBLE QUE ALIANZA VIDA S.A. PUEDA ENMENDAR O CORREGIR LOS CARGOS 1 AL 7 SITUACIÓN QUE NO HA SIDO IDENTIFICADA Y SOBRE LO CUAL REQUIERO QUE SE EMITA UN PRONUNCIAMIENTO EXPRESO,** por cuanto de no obrarse así la determinación asumida por su autoridad para imponer una sanción errónea sería arbitraria.

Precisamente por ello, mi persona formuló Aclaración, Complementación y Enmienda a la Resolución ASFI N° 085/2009, **PARA QUE SE ME EXPLIQUE COMO SE PODÍAN SUBSANAR LAS INFRACCIONES DE ALIANZA VIDA S.A.,** extremo que fue respondido por la Resolución ASFI N° 141/2009 de forma inmotivada; no siendo cierto que la Resolución ASFI N° 085/2009 se encuentre 'clara' porque de ser así la ASFI explicaría como se pueden subsanar o enmendar las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. para que las mismas puedan ser catalogadas como 'graves' y no como insubsanables.



## **5) CONCLUSIONES**

En virtud a lo precedentemente desarrollado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

**5.1)** Antes de iniciar la fase de mis conclusiones, considero importante el reflexionar acerca de un aspecto que no requiere llenar páginas con criterios o posiciones doctrinales o jurisprudenciales y es el hecho comprobado de que las infracciones de Alianza Vida S.A. no pueden ser actualmente enmendadas ni corregidas ni existe la posibilidad de retroceder en el tiempo para que pudiera enmendarse la serie de incumplimientos y faltas de la Entidad Aseguradora.

**5.2)** La Ley de Seguros es demasiado clara y taxativa cuando establece en su Art. 52 las diferencias entre infracciones graves e infracciones insubsanables, siendo que para la configuración de las infracciones graves las vulneraciones cometidas deben tener la posibilidad de enmendarse o subsanarse aspecto que no se presenta en las infracciones insubsanables las cuales no tienen posibilidad de corrección o enmienda.

**5.3)** Los cargos 1 al 7 que fueran imputados contra Alianza Vida S.A. y demostrados en la Resolución ASFI N° 085/2009, **no tienen posibilidad de ser enmendados o subsanados en la actualidad por cuanto ninguna acción que asumiera la Entidad Aseguradora podría retrotraer el tiempo y corregirse las faltas e ilegalidades cometidas.** Entonces, claramente nos encontramos frente a la comisión de infracciones insubsanables.

**5.4)** Es cierto que la Administración Pública tiene entre sus prerrogativas la posibilidad de ejercer su potestad discrecional, **pero no debe perderse de vista que dicha potestad no puede jamás violentar el marco de la Ley.** La ASFI podría tener en este caso potestad discrecional para 'elegir o escoger' la sanción que le parezca más conveniente siempre y cuando no existiera norma jurídica o disposición legal o si la misma le otorgara varias posibilidades. Empero, se ha logrado demostrar que la Ley (principio de legalidad) **no confiere a la Administración Pública 'alternativas o abanicos de posibilidades' a tiempo de imponer sanciones por infracciones insubsanables puesto que el Art. 52 de la Ley de Seguros establece que ante la comisión de infracciones insubsanables solo procede la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento y nada más;** donde no existe ninguna posibilidad de elección para que se utilice la discrecionalidad administrativa.

**5.5)** En cuanto al principio de proporcionalidad, se ha demostrado que el alcance que se le dio al mismo es incorrecto toda vez que **dicho principio no ha sido creado ni establecido en la doctrina ni en la jurisprudencia como una forma discrecional de disminuir o aminorar las sanciones, más por el contrario el principio de proporcionalidad apunta a que una infracción tenga la sanción correcta que la Ley establece.** En este caso, los hechos cometidos por Alianza Vida S.A. ingresan dentro del catálogo de infracciones insubsanables por lo que corresponde aplicar la sanción proporcional a este tipo de infracciones que consiste en la revocatoria de la licencia de funcionamiento.

**5.6)** Respecto a la tipicidad, se tiene demostrado que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **son de naturaleza insubsanable al no existir posibilidad o medio alguno de que en la actualidad se pueda enmendar o corregir las violaciones normativas en las que se ha incurrido,** lo cual significa que dichas infracciones están calificadas como insubsanables; y por otra parte, ante la evidencia de lo anterior, la sanción consagrada en la Ley es simple y llanamente la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

**5.7)** La ASFI no ha emitido fundamento alguno que demuestre que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son de naturaleza 'grave' es decir subsanables, situación que considero de vital importancia porque solo aquí podría sustentarse

conforme a derecho la errada imposición de la sanción que no condice con los hechos y conductas llevados adelante por la Entidad Aseguradora.

**5.8)** Debe tomar en cuenta la ASFI que la estabilidad del mercado de seguros no parte por mantener a toda costa operando a las Entidades Aseguradoras, sino que nace a partir del concepto internacionalmente reconocido de mantener un mercado sano y con entidades que obren de buena fe bajo las reglas impuestas por el Estado. El precedente sentado por la ASFI de sancionar de manera benevolente a Alianza Vida S.A. a pesar de semejantes violaciones normativas, es negativo y nefasto para el sector y el mercado por cuanto a futuro cualquier empresa aseguradora podrá entender que pueden violar la Ley y las disposiciones reglamentarias administrativas e inclusive llegar a la comisión de infracciones insubsanables con la seguridad de que su sanción será aminorada porque 'en un caso similar se actuó de esa manera'. Esto Señor Director Ejecutivo solo dañará al sistema y no le hará ningún bien a los usuarios quienes al final de cuentas merecemos la protección jurídica del Estado.

#### **6) PETITORIO**

Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, en aplicación de los Arts. 46, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su respetable y digna Autoridad emitir Resolución Administrativa expresa por medio de la cual **SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI N° 085/2009 y en su mérito **SE IMPONGA A ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A. LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO O EN SU DEFECTO LA INTERVENCIÓN PARA LIQUIDACIÓN** al encontrarse comprobadas las infracciones **INSUBSANABLES** en las que ha incurrido la Entidad Aseguradora.

**OTROSÍ 1º.** Se tenga presente que el plazo para interponer el Recurso de Revocatoria se computa a partir del día siguiente de la notificación con la Resolución que resolvió la solicitud de aclaración, complementación y enmienda.

**OTROSÍ 2º.** Nuevamente solicito se tenga presente que en la eventualidad en que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. procediera a presentar Recurso de Revocatoria, el mismo no sea considerado y se rechace si no se procede previamente al pago de la sanción impuesta de conformidad con el Art. 47, parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27175(...).

**OTROSÍ 5º.** En mi calidad de denunciante y directo interesado, solicito de ser el caso, se me notifique con el Recurso de Revocatoria que eventualmente fuera interpuesto por Alianza Vida S.A., así como con todos los actos y actuaciones administrativas que se presenten con posterioridad.

**OTROSÍ 6º.** En caso de mi solicitud de certificación formulada en mi memorial presentado el 20 de agosto de 2009 acerca de a quienes corresponden las iniciales 'ASR/DAZ/EFE' y 'S.L.V.' 'C.M.C' contenidos en la Resolución ASFI N° 085/2009, corresponde expresar que mi persona tiene interés legítimo por cuanto a lo largo de este tiempo fui recusando sistemáticamente a varios funcionarios de la ex SPVS que en la actualidad al parecer continúan prestando servicios en la ASFI. Por ese motivo, y bajo el principio de probidad e imparcialidad mi persona tiene todo el derecho de saber qué funcionarios públicos han intervenido en el presente tema a los fines de conocer si los mismos no tienen impedimento legal alguno para actuar; por lo cual tengo a bien reiterar mi pedido de certificación acerca de las iniciales antes mencionadas.

**OTROSÍ 7º.** A los fines de darse cumplimiento efectivo con la Resolución ASFI N° 085/2009, solicito se disponga la publicación del mencionado acto administrativo, extremo que debió haber sido efectuado por la ASFI a tiempo de emitir la señalada Resolución. (...)"

## **2.2. MEMORIAL PRESENTADO POR ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A..-**

Mediante memorial presentado el 03 de septiembre de 2009, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI 085/2009 de fecha 10 de agosto de 2009 argumentando lo siguiente:

### **'(...)III.DEL RECURSO DE REVOCATORIA**

Habiendo sido notificados en fecha 18 de agosto de 2009 con la Resolución ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de 2009 de conformidad a la rectificación efectuada mediante Resolución ASFI 101/2009 de 17 de agosto de 2009, ahora impugnada y emitida por esa entidad reguladora, en la que de manera desproporcionada se nos sanciona con una multa de Bs. 260.397.- (Doscientos Sesenta Mil Trescientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos) y con la prohibición de presentarnos durante tres meses a licitaciones públicas y/o privadas al haberse 'comprobado' según lo señala el texto, la comisión de infracciones graves a la normativa que regula el mercado de seguros, en nombre y representación de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, en tiempo hábil y forma oportuna interpongo el correspondiente Recurso de Revocatoria en contra de la citada Resolución, en base a las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

#### **A. ANTECEDENTES NECESARIOS**

Con el objeto de que su autoridad, tome debido y cabal conocimiento de las ilegalidades cometidas en el presente proceso y que en definitiva propiciaron que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. como consecuencia de los persistentes y constantes procesos sancionatorios a los que viene siendo sometida a instancias del denunciante Señor Luis Artemio Lucca Suárez, desde hace más de seis (6) años atrás (específicamente desde el año 2003 a la fecha), sea sancionada una vez más con la imposición de una desproporcionada suma de dinero ante supuestos incumplimientos a la normativa del sector, es que me permito puntualizar los siguientes aspectos.

1. El Banco Santa Cruz S.A. (Grupo Santander Central Hispana) contrató con Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. la Póliza de Desgravamen Hipotecario N° 600055 con período de vigencia comprendido entre el 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, asegurando a los prestatarios a quienes otorgue créditos durante la vigencia de la póliza de seguros mencionada y cuyo beneficiario sería la institución financiera.
2. En fecha 16 de octubre de 2000, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. a través de la nota CITE SGC 203/2000 dirigida a los señores H.P. Brokers S.R.L. solicitó de acuerdo a la reglamentación impuesta por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, con el fin de poder emitir los certificados de cobertura a los asegurados del Banco Santa Cruz puedan remitir la declaración mensual incluyendo el nombre de cada prestatario del banco, nota que es puesta en conocimiento de la entidad financiera por los corredores y asesores de seguros HP BROKERS S.R.L. a través de nota CITE COM 1121/00 de fecha 18 de octubre de 2000.
3. De igual manera, la Compañía mediante nota CITE GG 211/2000 de 3 de noviembre de 2000 dirigida al Sr. Carlos Cuellar, Jefe de Cuentas H.P. Brokers S.R.L. da a conocer a la Corredora una serie de fallas encontradas con relación a los procesos seguidos en la cuenta del Banco Santa Cruz, señalando en la misma nota una serie de posibles medidas correctivas a fin de evitar futuros mal

entendidos y posibles perjuicios para todas las partes, sugiriendo de manera expresa medidas correctivas entre las que, entre otras, en el inciso a) manifestamos:

'Primeramente encontramos prudente realizar de los procesos de emisión de listados de declaración mensual para que estos incluyan: nombre completo de los asegurados, detalle de operaciones con cargo a seguro, capital total en riesgo por individuo y prima cobrada por persona'

4. La nota antes descrita (numeral 5) es puesta en conocimiento por los corredores de seguros HP BROKERS S.R.L. al Banco Santa Cruz S.A. en fecha 06 de noviembre de 2000 mediante CITE COM – 2262/2000.
5. Mediante nota CITE GG 122/2001 de 6 de noviembre de 2001, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. solicita nuevamente que a la brevedad posible nos remitan el listado detallando nombres de cada prestatario, a fin de poder emitir los certificados de Desgravamen Hipotecario respectivos.
6. En fecha 17 de abril de 2001, se produce el fallecimiento de la Sra. Ana María Arteaga de Lucca prestataria del Banco Santa Cruz S.A.
7. El Banco Santa Cruz S.A. mediante nota CITE SN-063/2001 TCS 183/2001 a través de la Corredora H.P. Brokers S.R.L. remite documentación referida al fallecimiento de la Sra. Arteaga de Lucca coprestataria de la Cartera Santa Cruz de la institución financiera, puesta en conocimiento de nuestra compañía mediante nota CITE TEC-1105/2001, a fin de reportar el siniestro ocurrido y se proceda con el análisis respectivo en la tramitación del mismo.
8. Nuestra entidad aseguradora mediante nota CITE RECLA 073/01 dirigida a la Corredora H.P. Brokers y recepcionada por el Banco Santa Cruz S.A. en fecha 14 de mayo de 2001, acusa recibo de la documentación recibida, y señala de manera textual que habiendo analizado en detalle el caso, se debía puntualizar lo siguiente:

'... El prestatario (Ana María Arteaga de Lucca) ha incumplido con el pago de primas por seguros en los plazos fijados en el vencimiento del contrato de seguro y correspondiente a los créditos N° 1000 4022 00315277, 1000 4022 00318575, 1000 4022 003008244, 1000 4022 00311166, 1000 4022 00302048, 1000 4022 00305500, 1000 4022 00293263, 1000 4022 00297514, 1000 4022 00290186, 1000 4062 00290577, 1000 4022 00282273, 1000 4022 00285826, 1000 4022 00225741, 1000 4022 00233404, 1000 4022 00162327, 1000 4022 00167295, los cuales NO figuraban en las declaraciones mensuales reportadas, por la suma (saldo deudor) de \$us. 275.687.99.- (Doscientos Setenta y Cinco Mil Seiscientos Ochenta y Siete 99/100 Dólares Americanos).

Por lo tanto comunicamos a ustedes que nos vemos imposibilitados de dar curso al siniestro, ya que la póliza de seguro respecto ha(sic) estos créditos ha caducado, lo señalado al amparo del Artículo 21 numeral 2 del Condicionado General de la Póliza de Desgravamen Hipotecario suscrita, que a la letra dice:

'2. Para el pago de las primas correspondientes a este contrato, la Compañía concede un plazo de gracia de treinta (30) días contados desde el respectivo vencimiento, a excepción de la primera prima. Durante este plazo el seguro continuará en pleno vigor, caso contrario caducará indefectiblemente sin responsabilidad de la compañía'

Lo concordante señalado con el Art. 1019 del Código de Comercio vigente. Por lo que declaramos el siniestro como no susceptible de indemnización...'

9. El Sr. Luis Artemio Lucca mediante carta de fecha 6 de diciembre, dirigida al Banco Santa Cruz manifiesta de manera textual lo siguiente:  
**'...La crisis que embarga a nuestro país y el repentino deterioro de la salud de mi señora, pilar fundamental de la empresa, me forzaron a no poder seguir honrando mis obligaciones. Dicha situación llevó a vuestra entidad financiera, entre otras cosas, a excluirnos del listado mensual que reporta ante la empresa aseguradora para amparar los saldos deudores en caso de fallecimiento de vuestros clientes...**  
En mérito a lo anterior y tomando en cuenta que las garantías aportadas como fuente de repago eran más que suficientes para cubrir estos gastos (pago de primas al seguro) en caso de llegar a la ejecución de los mismos por mi incumplimiento definitivo y que esto hubiera devenido en la cobertura de nuestro saldo deudor a raíz del fallecimiento de mi señora muy respetuosamente les solicito lo siguiente:  
**Realizar una gestión extraordinaria ante la empresa aseguradora para que se reconsidere el rechazo al reclamo, tal y como lo hicieron en anteriores ocasiones...**
10. Mediante nota CITE TEC-143/02 de fecha 15 de enero de 2002, H.P. Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. remite carta CITE DSN 064 del Banco Santa Cruz S.A. mediante la cual el Sr. Lucca realiza consultas a la entidad financiera, solicitando a Alianza Vida su análisis y comentarios al respecto.
11. La compañía mediante nota CITE RECLA 022/02 de fecha 1 de febrero de 2002 dirigida al Banco Santa Cruz, ratifica en toda su extensión los argumentos descritos en la carta CITE 075/01 de fecha 1 de mayo de 2001.
12. Mediante **R.A. IS N° 389 de 17 de mayo de 2005**, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros a solicitud del Sr. Luis Artemio Lucca Suárez mediante memorial recepcionado en fecha 3 de mayo de 2005 requiere que las solicitudes formuladas ante (sic) el ente regulador, se resuelvan mediante resolución motivada y bajo esta premisa se eleva a rango de Resolución la nota CITE SPVS.IS.DJ N° 1054 de 8 de abril de 2003.
13. Habiendo el Sr. Luis Artemio Lucca interpuesto Recurso de Revocatoria contra de (sic) la R.A. SPVS-IS-N° 389 la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante **R.A. SPVS-IS N° 497 de 20 de junio de 2005**, decide confirmar la Resolución recurrida.
14. La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera **SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005** declara nulos los párrafos: 1. 'Las primas del seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055 emitido por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. para los prestatarios del Banco de Santa Cruz no fueron cancelados por los prestatarios Luis Artemio Lucca y Ana María Arteaga de Lucca en los términos convenidos', y 2. 'Consecuentemente, a la fecha del fallecimiento de la Sra. Ana María Arteaga (17/04/01) las coberturas de la póliza de Desgravamen Hipotecario para los esposos Lucca-Arteaga entraron en caducidad por falta de pago de primas puesto que fueron canceladas solo hasta el mes de febrero de 2001, por el Banco de Santa Cruz pese a que los créditos se encontraban en mora. Por tanto, al 17/04/01 técnicamente dicha póliza se encontraba sin cobertura para los esposos Lucca-Arteaga prestatarios del Banco Santa Cruz', contenidos en la nota CITE SPVS-IS-DJ-N° 1054 de 8 de abril de 2003, debido a que fueron emitidos por la SPVS careciendo de jurisdicción y competencia que emane de la Ley. En

consecuencia, quedan sin efecto las Resoluciones Administrativas SPVS-IS N° 497 de 20 de junio de 2005 y SPVS-IS N° 389 de 17 de mayo de 2005, en lo referente a los párrafos señalados.

15. Como consecuencia de lo determinado en la R.A. SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005, mediante **R.A. SPVS-IS N° 143 de fecha 16 de febrero de 2006**, la SPVS sanciona a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por incumplimiento al Art. 12 inc. J) de la Ley de Seguros y al Art. 4 de la Resolución Administrativa N° 257 de fecha 19 de junio de 2000 y en consecuencia, inobservancia del Art. 16, parágrafo I, inc. D) y P) del Reglamento de Sanciones aprobado mediante R.A. IS N° 602 de fecha 24 de octubre d 2003.
16. Mediante **R.A. SPVS-IS-N° 460 de 21 de abril de 2006**, la Entidad Reguladora del Mercado de Seguros, resuelve en su artículo primero, desestimar el Recurso de Revocatoria planteado por Luis Artemio Lucca al no haber demostrado la vulneración a sus derechos subjetivos o lesión a sus intereses legítimos con la sanción impuesta mediante Resolución Administrativa IS N° 143/06 de fecha 16 de febrero de 2006 y en su artículo segundo, revocar parcialmente la Resolución Administrativa IS N° 143/06 de fecha 16 de febrero de 2006, relativa a la sanción a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por incumplimiento al Art. 4 de la **R.A. N° 257 de 19 de junio de 2000**, por imposibilidad material de su cumplimiento quedando subsistente la multa de Bs. 901 (Novecientos uno 00/100 Bolivianos) por incumplimiento del Art. 12 inc. J) de la Ley de Seguros N° 1883, conducta inmersa en el Art. 16, parágrafo I, inc. D) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros.
17. La Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI mediante Resolución Jerárquica **SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006**, resuelve en su artículo único, anular el procedimiento administrativo, hasta la notificación de cargos efectuada contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. disponiendo que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dentro del plazo conferido por el Art. 17 parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo, lleve a cabo la investigación correspondiente sobre todos los aspectos denunciados por Luis Artemio Lucca Suárez y se pronuncie mediante Resolución Administrativa debidamente motivada y fundamentada, observando los fundamentos jurídicos de la Presente Resolución Jerárquica.
18. La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante **R.A. SPVS/N° 199 de 8 de marzo de 2007**, resuelve en el marco del Art. 40 concordante con el parágrafo II del Art. 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se establece como fecha de inicio del procedimiento administrativo el 9 de noviembre de 2006, instruyendo a la Comisión investigadora que hasta el 30 de marzo de 2007, presente el informe respectivo sobre el caso de autos, con las recomendaciones que correspondan.
19. Mediante **R.A. SPVS-IS N° 330 de 8 de mayo de 2007**, referida a la investigación relativa a la denuncia presentada por el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez, el ente regulador resuelve iniciar los procesos administrativos correspondientes como resultado de la investigación realizada sobre los aspectos denunciados por Luis Artemio Lucca contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.

20. A través de la **R.A. SPVS-IS N° 482 de 28 de junio de 2007**, referida al Proceso Administrativo Sancionatorio aperturado en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros decide sancionar con una multa de Bs. 964.- (novecientos Sesenta y Cuatro 00/Bolivianos) a esta entidad, por incumplimiento a lo establecido en el Art. 12 inc. J) de la Ley de Seguros N° 1883 al no haber emitido la información solicitada mediante notas SPVS-IS-DAD N° 382/04 y SPVS-IS-DAD N° 592/04 dentro de los plazos otorgados; encontrándose inmersa dicha conducta al Art. 16, parágrafo I inc. D) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros.
21. Mediante **R.A. SPVS-IS-N° 585 de 19 de julio de 2007** la entidad fiscalizadora, por un lado, declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez, por no cumplir con los requisitos exigidos en el Art. 46 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y por el otro desestima el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Sr. Lucca en contra de la R.A. SPVS-IS-N° 330 de 8 de mayo de 2007, debido a que el recurrente no demostró vulneración a sus derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos, de acuerdo a lo establecido en el Art. 43 inc. C) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo.
22. La Resolución Jerárquica de **Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007**, resuelve anular el procedimiento administrativo hasta el estado en que se lleven a cabo nuevamente las diligencias preliminares, en el plazo conferido por el Art. 17, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiendo la SPVS notificar a Luis Artemio Lucca Suárez con todas y cada una de las actuaciones y actos administrativos que se emitan, y resolver de manera motivada y fundamentada todas y cada una de las denuncias realizadas por Luis Artemio Lucca Suárez.
23. Mediante nota **CITE SPVS/IP/AL N° 3183/2008**recepcionada en fecha 23 de enero de 2009, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros notifica a nuestra compañía con la imputación de cargos y por consiguiente, con el inicio del proceso sancionatorio respectivo en mérito al informe **SPVS/INF/N° 01/2008 de fecha 30 de mayo de 2008** elaborado por una Comisión Especial constituida para tal efecto, otorgando a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. el plazo de 10 días hábiles administrativos para presentar los descargos respectivos.
24. En fecha 3 de febrero de 2008, nuestra entidad aseguradora mediante nota **CITE AV-N° 003/2009** presenta descargos ante la entidad aseguradora, haciendo hincapié que pese a que fueron oportunamente solicitados los informes que sustenten y motiven los cargos señalados en la nota de cargos mencionada precedentemente, no fueron puestos en conocimiento nuestro, violentando de esta manera el debido proceso, principio fundamental dentro del procedimiento administrativo. No obstante esta situación, y con el propósito de no entorpecer la actividad administrativa regulatoria, nuestra compañía aseguradora formula descargos a fin de que sean valorados a momento de dictar la resolución administrativa respectiva.

## **CONCLUSIÓN**

Como podrá evidenciar Sr. Director, resulta insólito que habiendo sido objeto en más de dos oportunidades, nuestra compañía, al inicio de procesos sancionatorios que versan sobre los mismos cargos, contrario desde ya a derecho bajo el tema de que nadie puede ser juzgado ni sancionado por el mismo hecho en más de una ocasión se pretenda hoy nuevamente sancionar a mi representado, situación ésta que atenta contra el legítimo derecho a la seguridad jurídica toda vez que los administrados, llámese en este caso ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., no pueden ni deben estar constantemente sometidos a procesos sancionatorios librados al albedrío o conveniencia del denunciante Luis Artemio Lucca Suárez.

### **B. FUNDAMENTO DE DERECHO**

Ahora bien, enfocándonos directamente en la Resolución ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de acuerdo a la rectificación mediante Resolución ASFI N° 101/2009 de fecha 17 de agosto del presente año, luego de haber hecho un breve resumen de antecedentes al tema y con el fin de proporcionar a su autoridad mayores argumentos de análisis en el presente caso, es necesario señalar la antes citada resolución viola e infringe flagrantemente normas constitucionales, leyes especiales y sus respectivas reglamentaciones tal cual lo demuestro a continuación:

En primer lugar, observe su autoridad que la **Ley N° 2341 vigente desde el 25 de julio de 2003, por expresa determinación de la Disposición Transitoria Segunda, no es aplicable a hechos anteriores**, como es el caso de autos, en los que a(sic) las infracciones investigadas son del período 2000 – 2001, y que conforme a las normas de seguros, tenían un procedimiento especial, vigente al momento de la promulgación de la Ley N° 2341, tal cual se encuentra previsto en el Art. 53 de la Ley de Seguros (Ley N° 1883), que expresamente establece que los procedimientos aplicables en el sector seguros son los establecidos para el sistema de regulación financiera. Consecuentemente al no haberse observado la disposición transitoria segunda antes referida **el proceso sancionatorio objeto de la presente impugnación es nulo de pleno derecho.**

En segundo lugar nótese que para la imposición de la sanción impuesta, se ha aplicado la **Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003** hecho que vulnera el Art. 16 de la Constitución Política abrogada, hoy Art. 116 numeral II de la Constitución Política del Estado vigente, dado que constitucionalmente se tiene que se encuentra establecido que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible. En el caso de autos se tiene ampliamente acreditado que las infracciones investigadas se remontan al período 2000-2001, es decir cuando aún no se encontraba vigente la resolución ilegalmente aplicada. Obsérvese que conforme al Art. 52 de la Ley de Seguros y el Art. 24 del Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998, en el período de tiempo que supuestamente ocurrieron las infracciones investigadas, se encontraba vigente la Resolución Administrativa N° 153 de 04 de abril de 2001 expedida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, este extremo hace ilegal la sanción impuesta, ya que si se pretendió, como se lo ha hecho indebidamente, sancionar a la Compañía que represento, se debió aplicar las sanciones vigentes en dicho período de tiempo, salvo que está última sea más favorable conforme también lo dispone la norma constitucional en su numeral I del art. 116.

Ahora bien, en el caso no consentido de no tomarse en cuenta lo anotado precedentemente, conforme la normativa vigente y especial (es decir, aplicada de manera preferente en derecho administrativo) observamos que el **Art. 79 de la Ley N° 2341** de Procedimiento Administrativo, señala de manera textual que:



**'Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año...'**

El Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003 en su Artículo 4 establece que:

**' La acción de la Superintendencia para interponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de la fecha de la realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo'**

El Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998 en su Art. 24 establece que:

**'Las sanciones provenientes de hechos, actos u omisiones realizados por entidades aseguradoras y personas sujetas a regulación serán reglamentadas mediante resolución específica emitida por la Superintendencia'** norma vigente a la fecha y de estricto y especial cumplimiento, que regula los tipos de infracciones y sanciones previstos por la Ley de Seguros, cuya imposición se encuentra a cargo del ente regulador, en ese entonces denominada 'Superintendencia'.

Por otra parte doctrinalmente la prescripción en materia administrativa, debe ser entendida como:

**'El tiempo no es un elemento inocuo en Derecho; en el procedimiento administrativo sancionador, el transcurso del tiempo tiene efectos liberatorios para el inculpado, tal es así que si no se administran adecuadamente los tiempos en el ejercicio de la potestad sancionadora, la infracción puede prescribir, el procedimiento caducar o la sanción devenir inejecutable por prescripción. Luis Alfredo de Diego Diez 'Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador'.**

Ahora bien, si necesitamos entrar en mayor detalle con relación a lo que la prescripción como tal significa, tenemos las siguientes definiciones:

**'Extinción de un derecho, acción o responsabilidad, por el transcurso del tiempo, especificado para ello' o un 'Modo de adquirir o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción'**

## **CONCLUSIÓN**

Señor Director, conforme a la normativa y principios doctrinales antes citados es evidente que para determinar la **prescripción de la infracción** se debe computar el período de tiempo en que se debió cumplir la obligación que generó la infracción (llámese en el presente caso de autos la no entrega del Certificado de Cobertura y otros). En el caso de autos, las infracciones hoy sancionadas se 'habrían producido' a momento de inicio de vigencia de la póliza de seguros y concluyeron a la finalización de la vigencia de la misma, a partir de ese momento debe computarse los dos (2) años, note su autoridad que de la revisión de la Resolución Sancionatoria hoy impugnada no se pueden establecer estas fechas, por lo que, podemos deducir de los datos contenidos en ella que la infracción prescribió al 31 de diciembre de 2003 y en consecuencia independientemente que el proceso sancionatorio se hubiese iniciado el 2005 no podía generar la imposición de sanciones de ningún género porque las infracciones ya habían prescrito, de tal manera que la prescripción alegada por mi representada se encuentra totalmente demostrada.

## **ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA**

Señor Director, en un acto por demás incalificable ni justificable, se **RECHAZAN LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS** con los siguientes argumentos:

1. En la página 4 de la Resolución ahora impugnada, de manera textual dice:  
'Que de la misma manera y toda vez que la prescripción se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, **es también viable su interrupción y suspensión;** y que las consideraciones señaladas en la resolución objeto del presente recurso, **en el caso que se analiza puede establecer que el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez activó la vía administrativa desde inicios del año 2003**, con la presentación de una serie de memoriales por los cuales formuló denuncias expresas en contra de nuestra entidad aseguradora, las cuales fueron tramitadas por el denunciante ante la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y de forma reiterativa impugnadas por el denunciante ante la Ex Superintendencia General del SIREFI, entidad que erróneamente claro está, procedió a disponer la anulación del procedimiento administrativo hasta el estado en que la Ex SPVS investigara las denuncias presentadas...

Que **de lo relacionado se puede establecer que no existe prescripción alguna, por cuanto el presente procedimiento se ha mantenido vigente desde la presentación de las denuncias hasta la formulación de cargos** a través de la Nota CITE: SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de Diciembre.

2. Por otro lado, recordar a su autoridad, los argumentos señalados en la Pág. 5 de la Resolución Sancionatoria ASFI N° 085/2009 que textualmente menciona:

'Que, con las consideraciones antes señaladas, en el caso que se analiza se puede establecer que el Señor Luis Artemio Lucca Suárez activó la vía administrativa desde inicios del año 2003, con la presentación de una serie de memoriales por medio de los cuales formuló denuncias expresas contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y otros los cuales fueron tramitados por la ex— S.P.V.S. y de forma reiterativa dichas actuaciones fueron impugnadas por el denunciante ante la ex Superintendencia General del SIREFI...'

'Que, también es preciso dejar establecido que la doctrina del Derecho Administrativo Sancionador contempla la figura de las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes y continuadas. En las infracciones instantáneas el efecto de la vulneración del ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada la conducta activa u omisiva del infractor. Sin embargo, en las infracciones permanentes el efecto de la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia del comportamiento o conducta activa u omisiva; por ello cuando se trata de infracciones permanentes, primero se debe tener en presente que la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en el que el efecto jurídico cesa.

Que siguiendo la reflexión antes desarrollada en el caso en cuestión se logra evidenciar que las infracciones cometidas por la compañía aseguradora **son propiamente descubiertas a partir del informe SPVS/ING/N° 01/2008 de 30 de mayo de 2008** y que los efectos jurídicos de los mismos se han mantenido en el tiempo, lo cual nos conduce a observar que las violaciones normativas atribuidas a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. **se han mantenido permanentes y continuadas...**'.

**Señor Director, los razonamientos expuestos en la Resolución recurrida, FUNDAMENTAN Y JUSTIFICAN LA PRESCRIPCIÓN, por los siguientes fundamentos:**

**Respecto al punto 1.-**Note su autoridad con el debido respeto, que el ente regulador al momento de iniciar un proceso sancionatorio pretende regular la comisión de supuestas infracciones cometidas por acción u omisión por los sujetos bajo su tuición, en este entendido debe tenerse presente que son partes únicamente del proceso el Órgano Público, Administración Pública o Ente Regulador del Mercado (llámese en el presente caso de autos ex SPVS hoy ASFI) y el supuesto infractor, administrado o regulado (Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.), por lo que en definitiva al margen de que pueda o no iniciarse el proceso por una denuncia como en el presente caso y de que el denunciante pueda tener acceso a las actuaciones de la administración pública por el principio de publicidad contemplado en el ordenamiento administrativo aplicable y vigente **DE NINGUNA MANERA Y BAJO NINGUNA LÓGICA JURÍDICA APLICABLE Y MENOS EXISTENTE EN EL PROCEDIMIENTO, CONSTITUYE PARTE DEL PROCESO SANCIONATORIO.**

Consecuentemente la aseveración realizada en sentido de que no existe prescripción alguna, por cuanto el presente procedimiento se ha mantenido vigente desde la presentación de denuncias (es decir desde el 2003) resueltos por la S.P.V.S. e impugnados por el denunciante (impugnaciones en las que el denunciante no demostró vulneración a los derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos, conforme a lo establecido en el inc. 3 del artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera concordante con el artículo 117 del Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo conforme se tiene en la **R.A. SPVS-IS-N° 460 de 21 de abril de 2006 y R.A. IS N° 585 de fecha 19 de julio de 2007** ambas pronunciadas por la ex – S.P.V.S.) hasta la formulación de cargos a través de la nota CITE SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, no puede ser más equívoca, errónea y sin sustento legal alguno, pues bajo esa interesada interpretación significaría que los administrados estaríamos expuestos a interminables procesos administrativos propiciados por los denunciantes. Finalmente hacer notar a su autoridad que la **única figura de interrupción de prescripción en materia administrativa,** conforme lo señala en su última parte el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se da con relación a la prescripción de las sanciones y procede mediante la iniciación del procedimiento de cobro (aspecto este no propiciado en el presente proceso), conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Art. 2 de la misma norma.

**Respecto al punto 2.-**

Señor Director claramente y de acuerdo a un análisis a todo el expediente del caso que cursa en su poder, se evidencia que en dos circunstancias anteriores la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Resoluciones Administrativas Nos. SPVS-IS-N° 143 de fecha 16 de febrero de 2006 y SPVS-IS-N° 482 de 28 de junio de 2007, sanciona a nuestra entidad aseguradora por los mismos cargos impetrados, con excepción del Cargo N° 9 contemplado en la última nota CITE SPVS/IP/AL N° 3181/2008, mismo que fue desestimado, sin ingresar en un análisis respectivo de cargo y descargo, señalando que no existía sustento legal para imputarlo.

La sanción impuesta tiene por fundamento interpretaciones erradas de dos institutos del derecho, que en nuestra opinión, conforme a la amplia doctrina administrativa, debe ser corregida por lo siguiente:

En primer lugar haciendo una interpretación antojadiza del principio 'non bis in idem', se ha impuesto una doble sanción por los cargos 4) y 6), no obstante haberse impuesto en otros procesos sanciones por las mismas infracciones. Al respecto, debe tenerse en

cuenta las Sentencias Constitucionales Nos. 883/05 de 29 de julio de 2005 y 506/05 de 10 de mayo de 2005, cuyas ratios decidendi tienen fuerza vinculante por imperio del art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, y que textualmente señalan: '...implica en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad.

En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el aspecto procesal o adjetivo (nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá vulneración al principio non bis in idem, no solo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho.

Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, cuando se impone a un mismo sujeto una doble sanción administrativa, o cuando se le impone una sanción administrativa y otra penal pese a existir las identidades antes anotadas (sujeto, hecho y fundamento)'

Consecuentemente de lo anotado queda clara la violación al principio '**non bis in idem**', pues existe identidad de sujeto (administrado), hecho (no registro del reasegurador) y el fundamento (incumplimiento de la disposición...).

En segundo lugar hacer notar que el cómputo a partir del cual opera esta figura denominada prescripción se encuentra claramente definido y no da lugar a interpretaciones erróneas, cuando sostiene que los dos (2) años serán computables a partir de la fecha de **REALIZACIÓN** de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción; hecho que desvirtúa por completo el carácter permanente que pretendería otorgarse a la infracción, toda vez que para determinar la misma se tiene que computar el período de tiempo en el que se debió cumplir la obligación que generó la infracción. En el presente caso, la obligación se generó a momento de inicio de la cobertura del riesgo asegurado (inicio de la vigencia de la póliza) y concluyó a la finalización de vigencia del contrato de seguro o póliza encontrándose en consecuencia **demostrada la prescripción imperante** en materia administrativa aplicable en el presente caso.

#### **CONCLUSIÓN**

De lo antes expuesto y argumentado Señor Director se concluye que los razonamientos expuestos en la Resolución Sancionatoria N° **085/2008** más bien fundamentan y justifican la prescripción alegada en los descargos expuestos y presentados por mí representada en su Nota AV – N° 003/2009 de 03 de febrero de 2009; pues note su autoridad que bajo ningún entendimiento jurídico puede aceptarse ni entenderse, por un lado la imposición de doble sanción por los cargos 4 y 6 y por el otro que el accionar del denunciante Luis Artemio Lucca Suárez propicie la interrupción de la prescripción de la infracción, dado que en un proceso sancionador (tal cual lo tengo arriba expresado) existen dos partes, es decir el órgano público que sustancia el procedimiento y el supuesto infractor, en consecuencia el denunciante no es parte del proceso y por ende el único que podía interrumpir la prescripción para la interposición de la sanción era el accionar de la SPVS, máxime si se considera que los recursos interpuestos por el denunciante fueron desestimados en dos oportunidades por la ex SPVS por falta de legitimación.

#### **PUNTUALIZACIONES NECESARIAS SOBRE LAS IMPUTACIONES CONTRA ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. CONTENIDAS EN LA R.A. ASFI N° 085/2009**

Finalmente y demostrada fehacientemente la inobservancia del principio del non bis in idem y la prescripción incoada en el presente Recurso de Revocatoria y por el principio

de respeto a su autoridad, que siempre ha caracterizado a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en su actuar, procedo a realizar puntuales aseveraciones con relación a ciertas imputaciones.

1. Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en la presentación de descargos precisa y demuestra que la emisión y consiguiente entrega de los certificados individuales de cobertura, **fue imposible de realizar toda vez que el Banco Santa Cruz S.A. amparado en el 'Secreto Bancario' se veía impedido de otorgar listados que contemplaban los nombres y datos personales de los prestatarios**, situación esta corroborada en la nota CITE SB/AJG/D-45538/2003 de fecha 5 de agosto de 2003 y por la respuesta a la orden judicial tramitada por nuestra entidad y contestada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 9 de junio de 2003 cursantes en el expediente del caso y hoy también por la adjunta Certificación extendida en fecha 11 de agosto de 2003 por el ex Banco Santa Cruz S.A. al señor Luis Artemio Lucca Suárez, documento en el que su numeral 5 y 9 establece expresamente lo siguiente:

**'Al 5.- '...En aquel entonces, de acuerdo a la normativa vigente, los reportes se hacían en listados con números y sin nombres, lo que fue modificado después, mediante Circular SB 390/2000 y Res. SB 075/2002 de fecha 27 de julio de 2002, dictada por la Superintendencia de Bancos, que es posterior al fallecimiento de la Sra. Arteaga de Lucca'**

**'Al 9.- Tal exigencia no era procedente de acuerdo a la normativa sobre seguros colectivos vigente, al ser violatoria al secreto bancario, extremo que recién fue regulado por la Superintendencia de Bancos en fecha posterior al fallecimiento de la señora Arteaga de Lucca, mediante Resolución S.B. 075/2002 de fecha 2 de julio de 2002'.**

No obstante a lo antes referido y demostrado oportunamente, la ASFI al momento de realizar el análisis sobre este punto sostiene de manera textual: **'...según la entidad aseguradora la imposibilidad de emitir los certificados o notas de cobertura correspondiente a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055, habría obedecido a la existencia de 'secreto bancario' lo cual imposibilitó que el Banco trasladara los datos personales de sus prestatarios...'** y sigue... **'efectuándose una interpretación sistemática y en función a la finalidad de la norma, de los preceptos antes aludidos, se puede establecer que la figura 'secreto bancario' si bien abarca las operaciones en general llevadas a cabo por un Banco cuya prohibición alcanza la divulgación de los antecedentes de dichas operaciones, debe quedar claro que el solo hecho de reportarse a una entidad aseguradora la lista y datos personales de los prestatarios-asegurados como emergencia de una Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario, de ninguna manera ingresa dentro de los alcances del 'secreto bancario' ya que no se está revelando la información financiera de los mismos, sus números de cuenta o las sumas de dinero que poseen en la entidad financiera bancaria',** interpretación por demás sesgada toda vez que el Secreto Bancario contemplado en el artículo 86 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras es claro y contundente toda vez que las operaciones bancarias (entendiéndose estas como aquellas que contemplan nombres, números de créditos y otros) no puede ser revelada esta información a terceros, salvo las excepciones establecidas en el artículo 89 del precitado cuerpo de leyes y de aplicación preferente frente a cualquier otra disposición legal (último párrafo del artículo 2 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras), norma que establece expresamente las circunstancias en las cuales puede ser levantado y es recién que mediante la SB 075/2002 del 02 de julio de 2002 que es regulado por la Superintendencia

de Bancos es decir siete (7) meses después de haber fenecido la vigencia de la Póliza de Seguros objeto de los presentes cargos.

En consecuencia no se le puede atribuir a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. el incumplimiento de actos (misión y entrega de Certificados de Cobertura) que como consecuencia de una ley especial (Ley de Bancos y Entidades Financieras) se encontraba imposibilitado de cumplirlos, así como también hago notar a usted lo incongruente de lo manifestado por ese órgano regulador respecto a que mi representada debió reclamar esa situación al órgano regulador, es decir a la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, institución ésta que indudablemente se rige por su normativa especial, prueba de ello es la representación de fecha 09 de junio de 2003 extendida por esa Ex Superintendencia.

Bajo este criterio Sr. Director y contando con notas emitidas por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras que señalan lo contrario, nuestra pregunta es cómo debemos actuar y de qué manera se podría presionar bajo lo señalado por los personeros de la ASFI para que dicha situación en un futuro no se repita?

#### **RESPECTO A LA NO PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN.-**

Por otro lado, con relación al cargo imputado en el cual se habría determinado el incumplimiento a la Ley de Seguros Art. 12 inc j) referido a. 'Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero' previo proceso administrativo; al cual nuestra entidad manifestó que al haber transcurrido nueve años, correspondientes a la gestión 2000, no fueron habidas en sus archivos debido a su larga data, siendo aplicable el Art. 52 del Código de Comercio que establece la obligación de los comerciantes de conservar sus archivos por el lapso de cinco (5) años.

Situación a la que la ASFI responde con una copia inextensa de los Arts. 51 y 52 del mencionado cuerpo legal, y cuya valoración determina que lo requerido por el órgano de fiscalización, implica que no puede aplicarse lo señalado en el Art. 52 del Código de Comercio por ser la Ley de Seguros específica y de uso preferente también en virtud del principio de jerarquía normativa al estar dicha Ley encima de un Decreto Ley (Cód. de Comercio).

Pues al respecto, precisar Sr. Director que la Ley de Seguros no especifica el hecho de mantener la información contable así como los archivos de correspondencia por más de cinco años de manera textual, contrariamente a lo señalado de manera inequívoca por el Art. 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, aplicables por ende a entidades financieras, únicas instituciones para las cuales se establece de manera expresa, la obligatoriedad de conservar debidamente los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmadas o registradas en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable; norma que si conlleva un carácter especial.

En definitiva su autoridad podrá evidenciar que dentro de la definición de entidad financiera sobre la que se aplica esta situación, no se encuentran inmersas las compañías aseguradoras.

Asimismo y no por ello menos importante, hacer notar que la Resolución ASFI N° 085/2009 en la página 17 cuarto párrafo, hace mención a la 'corredora', cuando claramente y de acuerdo a las Resoluciones Administrativas de Autorización y funcionamiento expedidas por el Ente Regulador, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. es una 'compañía aseguradora' no así una 'corredora'.

#### **DE LAS INFRACCIONES.-**

Con Relación a la defectuosa adecuación de las conductas descritas como infracciones de acuerdo al Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 602/03, dentro de la Resolución ahora impugnada; es preciso señalar Sr. Director que no existe coherencia alguna en la determinación de las mismas al establecer que Alianza Vida habría cometido por un lado una infracción leve y una infracción grave; si bajo ninguna circunstancia se habría demostrado en primer lugar la reincidencia o situación similar, para determinar la imposición de los incisos mencionados, no en la parte resolutive como correspondería y menos aún se habría cumplido lo prescrito por el Art. 18 del mismo Reglamento; demostrada claramente esta situación con una simple revisión a dos anteriores Resoluciones Administrativas Sancionatorias impuestas con multas y determinación de incumplimientos bajo los mismos argumentos y cargos, que no conllevan relación alguna con la onerosa, desproporcionada y confiscatoria multa impuesta a esta entidad aseguradora. Donde además se evidencia claramente, que lo dispuesto por el Art. 29 parágrafo III de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, fue incumplido y pasado por alto, por el ente regulador.

Sobre este mismo punto señalar que el inciso a) parágrafo II del Art. 16 de la R.A. N° 602 que aprueba el Reglamento de Sanciones, sobre el cual se habría impuesto la desmedida sanción pecuniaria en contra de nuestra empresa prescribe de manera textual: 'Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente en cumplimiento de la norma vigente', cuando la adecuación, por todos los antecedentes expuestos, desde nuestro buen entender, se adecuaba perfectamente Sr. Director a la señalada por el inc. d) parágrafo I del Art. 16 de la norma citada que establece: 'incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público', hecho que conlleva por su relevancia una sanción menor y que además con el antecedente de que en ningún momento nuestra compañía habría presentado una situación similar, tampoco se podría evidenciar la reincidencia en el caso, como para sancionar el incumplimiento como un hecho irreversible y que cause de algún modo daño o perjuicio grave a nuestros asegurados o al mercado asegurador, imponiendo una sanción pecuniaria tan alta, sin que exista mérito legal suficiente, conforme además lo descrito en los principios consagrados por la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 en su Art. 4 inc. c), h), m) y p) que a (la) letra sostienen:

**'Art. 4° (Principios Generales de la Actividad Administrativa).-** 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.

**h) Principio de jerarquía normativa:** La actividad y actuación administrativa y, particularmente los reglamentarios atribuidos por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;

**m) Principio de publicidad:** La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que está u otras leyes la limiten.

**p) Principio de proporcionalidad:** La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento'.

Señor Director, los principios jurídicos y toda norma procesal, están vinculados con el intrínseco derecho a la defensa en debido proceso, estableciendo los postulados a seguir y respetar, y la forma de actuar, las cuales en toda materia, han sido fijados en

resguardo y protección del sujeto regulado, y por otro lado no se aplicó al determinar la sanción pecuniaria de manera proporcional a los descargos.

Finalmente mencionar que el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa N° 602/2003 de fecha 24 de octubre de 2003, establece en la parte pertinente, los principios que debe adoptar el ente regulador al momento de aplicar las posibles sanciones:

**'Artículo 2.- (Principios)**

**A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios:**

**c) Igualdad y Proporcionalidad. Las sanciones impuestas deberán enmarcarse en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse'**

Asimismo, Señor Director note usted que en la página 19 de la Resolución señala ese órgano regulador '...por lo que evidenciándose que las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo...', al respecto menester precisar que en cuanto a la falta del registro del Reasegurador dicha omisión al margen de haber sido ya sancionada, fue regularizada de manera inmediata conforme consta en los archivos de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, al igual que respecto al registro y posterior emisión de los Certificados Individuales de Cobertura subsanados en su oportunidad consecuentemente, bajo ningún criterio puede aseverarse que las 'infracciones se mantienen en el tiempo' por lo expuesto precedentemente y más aún cuando claramente la tipificación o calificación empleada en la determinación de 'conductas supuestamente infringidas' del presente proceso sancionatorio, es errónea.

Finalmente, señalar que en materia administrativa, bajo ningún criterio la motivación de una Resolución Administrativa Sancionatoria de la envergadura que conlleva la emitida por su autoridad, puede ser motivada en un informe técnico que constituya el elemento principal y probatorio de supuestas infracciones que desencadenan en la emisión de un acto definitivo, ya que estos actos definitivos administrativos constituyen la base o requisito fundamental previo y necesario para poder plantear un recurso en la vía jurisdiccional, agotada la vía administrativa conforme lo señala la propia Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 104/2007, Pág. 11, tercer párrafo.

**CONCLUSIÓN**

Por los argumentos de hecho y derecho antes expuestos, queda demostrado fehacientemente que la entidad que represento, se le ha aplicado un proceso sancionador en franca violación de las normas constitucionales y del procedimiento administrativo ya citado.

**IV PETITORIO**

En mérito a los argumentos de hecho y derecho anteriormente expuestos Sr. Director, toda vez, que por una parte la institución reguladora emite la Resolución Administrativa que impone una onerosa y confiscatoria sanción pecuniaria en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. sobre cargos que a la fecha habrían prescrito y que en caso de haber sido procedentes estarían basados en una adecuación a la normativa aplicada erróneamente conforme normas procedimentales, sin considerar y mucho menos aplicar una valoración equitativa, justa y oportuna de los derechos y principios en materia administrativa, solicitamos que su autoridad se sirva **REVOCAR** en forma total de acuerdo a todos los puntos impugnados, la Resolución ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de 2009 de conformidad a la rectificación efectuada mediante Resolución ASFI 101/2009 de 17 de agosto de 2009, circunscribiéndose su accionar a los principios y



procedimientos contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 25 de abril de 2002 y al D.S. N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.

**Otrosí 1.-** Acompaño en calidad de prueba de reciente obtención la Certificación extendida por el ex Banco Santa Cruz S.A. de fecha 11 de agosto de 2003.

**Otrosí 2.-** En cumplimiento al Art. 47 del D.S. N° 27175, adjuntamos fotocopia del comprobante del depósito en la Cuenta del Tesoro General de la Nación habilitada para el efecto.

**Otrosí 3.-** Como quiera que la resolución objeto de la presente impugnación no puede ser ejecutada por la Administración al no tener la calidad de cosa juzgada, y no obstante que en el presente recurso conforme el Art. 40 del Decreto Supremo N° 27175 se establece la posibilidad de suspender la ejecución del acto, en cuanto a las sanciones impuestas; petitionamos a usted diferir la prohibición de la Compañía de participar en licitaciones públicas y privadas así como la publicación de la resolución impugnada entre tanto se agoten los recursos administrativos dentro del presente proceso sancionatorio.(...)”

### **3. ABSOLUCIÓN DE TRASLADOS DE RECURSOS DE REVOCATORIA.-**

#### **3.1. RESPUESTA A RECURSO DE REVOCATORIA DE ALIANZA VIDA S.A..-**

Mediante Memorial presentado el 17 de septiembre de 2009, Luis Artemio Lucca Suárez responde al Recurso de Revocatoria interpuesto por Alianza Vida S.A., conforme a lo siguiente:

##### **1. SOBRE LOS 'ANTECEDENTES NECESARIOS' QUE ADUCE LA ENTIDAD ASEGURADORA**

*En esta primera parte del memorial de impugnación, se puede apreciar cómo de manera sesgada e interesada la Entidad Aseguradora expone una irreal relación de hechos concluyendo Alianza Vida S.A. 'que es insólito que habiendo sido objeto en más de dos oportunidades de procesos sancionatorios se pretenda nuevamente sancionar a la compañía porque no pueden estar sometidos a procesos librados al albedrío o conveniencia del denunciante'*

*Sobre lo anterior, es oportuno recordar a la desmemoriada Entidad Aseguradora que las 'más de dos oportunidades que se les inició los procesos' a los que hace referencia, fueron **ANULADAS** sistemáticamente por la ex Superintendencia General del SIREFI precisamente porque **EN DICHAS OPORTUNIDADES LA EX SPVS, EN SU AFÁN PROTECCIONISTA, NUNCA SE DIGNÓ A INVESTIGAR DILIGENTEMENTE TODAS Y CADA UNA DE MIS DENUNCIAS.** Entonces, es francamente absurdo que Alianza Vida S.A. pretenda ahora ejercer el papel de 'víctima' cuando en los hechos solo se dedicó a violar la Ley. Del mismo modo, la Entidad Aseguradora llega al colmo del cinismo cuando expresa que 'no pueden ni deben estar constantemente sometidos a procesos librados al albedrío o conveniencia del denunciante'; toda vez que el proceso sancionatorio iniciado contra Alianza Vida S.A. a partir de la Resolución Jerárquica 104/2007 no ha sido resultado de un 'libre albedrío' o 'conveniencia', sino debido a las múltiples violaciones normativas en las que incurrió Alianza Vida S.A.; es más no ha sido mi persona la que investigó a la Entidad Aseguradora sino los órganos regulatorios los cuales no descubrieron por su 'libre albedrío' ni por 'conveniencia' los ilícitos de la Entidad Aseguradora.*

*En ese sentido, lo único que resulta ser 'insólito' es el hecho de que se permita a una Entidad Aseguradora el seguir operando a pesar de semejantes actos ilícitos que ha*

cometido los cuales se encuentran probados y que configuran la comisión de infracciones **INSUBSANABLES** que debe ameritar la revocatoria de la autorización de funcionamiento de Alianza Vida S.A.

## **2) INEXISTENCIA DE 'NULIDAD DE PLENO DERECHO' ALEGADA POR ALIANZA VIDA S.A.**

En el punto 'B' del Recurso de Revocatoria de Alianza Vida S.A., se indica que 'las infracciones investigadas son del período 2000-2001 y que por tal motivo la Ley de Procedimiento Administrativo no era aplicable por lo que el presente proceso sancionatorio es nulo de pleno derecho'

Sobre esta curiosa aseveración **QUE NUNCA ANTES FUE ESGRIMIDA POR LA COMPAÑÍA**, corresponde señalar que si bien es cierto que las infracciones corresponden a las gestiones 2000-2001 no es menos cierto que **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO RECIÉN SE ORIGINA PROPIAMENTE CON LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN JERÁRQUICA 104/2007, EL INFORME SPVS/INF/No.01/2008, DONDE A ESA FECHA YA EXISTÍAN NORMAS SANCIONATORIAS DENTRO DE LA LEY DE SEGUROS.**

Asimismo, debe notar la ASFI que **ALIANZA VIDA S.A. EN NINGÚN MOMENTO, A LO LARGO DE ESTE TIEMPO, IMPUGNÓ O RECLAMÓ ESTA SITUACIÓN POR LO QUE CUALQUIER POSIBLE 'NULIDAD' SE ENCUENTRA CONVALIDADA Y PRECLUIDA ADEMÁS DE QUE, AL NO HABER EXISTIDO OBJECCIÓN SOBRE ESTE HECHO, LA ENTIDAD ASEGURADORA HA CONSENTIDO PLENAMENTE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL DECRETO SUPREMO N° 27175**, no siendo lógico y menos coherente que ahora pretenda escudarse en aspectos **EN LOS QUE NUNCA ANTES HIZO RECLAMO OPORTUNO.**

En otro orden de cosas, con relación a la aplicación del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, me permito ratificar en todo su contenido y alcance la postura que he asumido en mi Recurso de Revocatoria donde claramente observé que este reglamento no era aplicable **PERO SOLAMENTE PORQUE PARA ESTOS CASOS ES DE APLICACIÓN PREFERENTE LA LEY DE SEGUROS AL TRATARSE DE INFRACCIONES INSUBSANABLES.**

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar nuevamente que **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO RECIÉN SE ORIGINA PROPIAMENTE CON LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN JERÁRQUICA 104/2007, EL INFORME SPVS/INF/N° 01/2008 Y ACTUACIONES POSTERIORES Y TOMÁNDOSE EN CUENTA QUE ES A PARTIR DEL MENCIONADO INFORME SPVS/INF/N° 01/2008 QUE SE DESCUBREN LAS INFRACCIONES, A ESA FECHA EXISTÍAN NORMAS SANCIONATORIAS EN LA LEY DE SEGUROS.**

En resumen, las normas aplicables son aquellas que tienen vigencia a tiempo de haberse aperturado el procedimiento administrativo sancionatorio las cuales son la Ley de Seguros, la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175.

## **3) INEXISTENCIA DE PRESCRIPCIÓN Y NO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM**

Inicialmente, y para desvirtuar el vano argumento de la compañía que sostiene que 'el denunciante no constituye parte del procedimiento administrativo', es oportuno enseñar a Alianza Vida S.A. que el Artículo 11, parágrafo II, de la Ley Adjetiva Administrativa determina que '**cualquier persona podrá intervenir como denunciante**, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención'. En el mismo sentido, el Artículo 16 literal b) de la citada Ley manifiesta que: 'toda persona tiene derecho '**A iniciar el procedimiento**' como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos', de igual manera, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que: 'Los procedimientos Administrativos **podrán iniciarse** de oficio o **a solicitud de persona interesada**' precepto concordante con el Artículo 41 de la mencionada Ley y aplicables a los procedimientos sancionatorios por previsión del Artículo 80 de la supra citada norma jurídica. Por su parte, el Artículo 15 del

Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 dice que: 'Además de los sujetos regulados, **toda persona individual** o colectiva **podrá apersonarse** ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, **solicitando la realización de un procedimiento** para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley (...)'. Así, el Artículo 65 del referido Decreto Supremo expresa que 'Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio **o a denuncia**, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos **susceptibles de iniciación del procedimiento**'.

A partir de lo anterior, queda claro entonces que las personas naturales o administrados no solo tenemos el derecho de formular denuncias y participar en el procedimiento sino que tenemos toda la potestad legal y legitimación para poder ser **PARTE** de un procedimiento ya iniciado más aún cuando dicho procedimiento es de interés directo del denunciante.

Precisamente, esta situación ha sido taxativamente establecida en la **RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 104/2007 DE 29 DE NOVIEMBRE** la cual concluyó que '(...) tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 **reconocen a las personas** – sean estas naturales o jurídicas- la posibilidad no sólo de iniciar un procedimiento administrativo –sea éste general o específico como es el sancionatorio- **sino también de intervenir en todas las instancias, etapas e incidencias del mismo, más aún si se toma en cuenta que la persona haya sido denunciante directo**, pudiendo, asimismo, solicitar toda información documental de su trámite de denuncia misma que debe ser atendida con prontitud por el órgano regulatorio correspondiente. Este aspecto inherente a la participación de los interesados o denunciantes en el procedimiento administrativo, además, no solo se restringe a los actos emitidos dentro del procedimiento ya iniciado, **sino que también la participación e intervención** puede darse, inclusive, dentro de las diligencias preliminares establecidas por el órgano regulador a los fines de llegar a la verdad material de los hechos, como se ha apreciado anteriormente'.

En consecuencia, no tiene asidero jurídico alguno el fundamento esgrimido por Alianza Vida S.A. además que el mismo no se respalda en ninguna norma expresa.

Ahora bien, esclarecido lo anterior e ingresando a demostrar la inexistencia de la prescripción alegada por la Entidad Aseguradora, se tiene lo siguiente:

- La Resolución ASFI N° 085/2009 (pág. 6) ha sido precisa cuando ha establecido que la prescripción invocada por Alianza Vida S.A. es improcedente por cuanto las infracciones cometidas fueron denunciadas sistemáticamente desde el año 2003 **Y LAS MISMAS FUERON DESCUBIERTAS RECIÉN EL AÑO 2008** y porque los efectos jurídicos de las infracciones cometidas **SE HAN MANTENIDO EN EL TIEMPO**, lo cual determina que no se ha configurado el plazo previsto por el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- Es inadmisibles que la compañía señale que ha existido una 'interesada interpretación' de las normas, por cuanto desde hace tiempo atrás (y muy bien lo sabe Alianza Vida) **LA EX SUPERINTENDENCIA GENERAL DEL SIREFI, A PARTIR DE LAS RESOLUCIONES JERÁRQUICAS NO. 61/2006 DE 08 DE SEPTIEMBRE, 68/2006 DE 28 DE SEPTIEMBRE Y 55/2006 DE 29 DE AGOSTO**, entre otras; ha sido diáfana al expresar que '(...)la prescripción de la acción administrativa sancionatoria **quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador**

**respectivo**, y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia –si esa a instancia de parte- siendo la mencionada notificación de cargos un acto dentro del procedimiento que se origina a consecuencia de la acusación formulada (Artículo 65 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003)'

- De otro lado, el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que '(...) La prescripción de las **sanciones** quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro(...)', de donde se extrae que esta previsión normativa sólo se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las **sanciones** ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio **SITUACIÓN QUE NO PUEDE SER APLICADA A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA** ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción; extremo también ratificado en la **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre.**

Entonces, las interpretaciones asumidas por los órganos de regulación, en cuanto a la inexistencia de prescripción, son acordes a derecho en estricta aplicación del **PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD** que menciona el Art. 52, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo que obliga a las Autoridades Administrativas a pronunciarse sin que se pueda alegar falta, ambigüedad o insuficiencia de la norma.

- Asimismo, no se puede dejar de lado que las infracciones insubsanables en las que incurrió Alianza Vida S.A. fueron recién descubiertas a partir del Informe **SPVS/INF/N° 01/2008** fecha desde la cual se computaría, en todo caso, cualquier término para la prescripción por tratarse de infracciones permanentes y continuadas como bien anotó la Resolución ASFI N° 085/2009.
- **EN CUANTO A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM**, arteramente, según la Entidad Aseguradora 'ya se habría impuesto sanciones por Resoluciones SPVS-IS N° 143 de 16 de febrero de 2006 y SPVS-IS N° 482 de 20 de junio de 2007'.

Sobre lo anterior, no es comprensible, en este punto, el argumento de Alianza Vida S.A. cuando menciona **FALSAMENTE** que habría existido una 'interpretación antojadiza del principio non bis in idem' por cuanto en sede administrativa **NO EXISTE NINGUNA RESOLUCIÓN FIRME Y EJECUTORIADA QUE HUBIERA IMPUESTO UNA SANCIÓN A LA ENTIDAD ASEGURADORA** y dicha afirmación tiene sustento por cuanto la **Resolución SPVS-S N° 143 de 16 de febrero de 2006 que menciona la compañía FUE EXPRESAMENTE ANULADA POR LA RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 48/2006 DE 02 DE AGOSTO y en cuanto a la Resolución SPVS-IS N° 482 de 20 de junio de 2007 LA MISMA FUE TAMBIÉN ANULADA POR LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS N° 1074 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007**; lo cual demuestra la **FALSEDAD** de las afirmaciones de la compañía que pretende ampararse en Resoluciones **EXPRESAMENTE ANULADAS Y SIN VALOR JURÍDICO ALGUNO.**

En ese sentido, reitero, no existe acto administrativo alguno vigente que hubiera sancionado a Alianza Vida S.A. para que pueda pretender esa entidad ampararse en el principio non bis in idem ya que se ha demostrado que **NO HA EXISTIDO DOBLE SANCIÓN POR LOS MISMOS HECHOS.**

Con estos antecedentes falsos que esgrime la compañía, debe notar el Señor Director Ejecutivo que Alianza Vida S.A. es una entidad dedicada a faltar a la verdad la cual no pude por ningún motivo seguir operando en el mercado.

#### **4) INEXISTENCIA DE SECRETO BANCARIO**

Alianza Vida S.A. insiste en sostener que habría existido 'secreto bancario', sobre lo cual corresponde precisar lo siguiente:

- La Resolución ASFI N° 085/2009 (págs. 7 y 8) de manera fundamentada ha establecido que la figura del secreto bancario: '(...) si bien abarca las operaciones en general llevadas a cabo por un Banco cuya prohibición alcanza la divulgación de los antecedentes de dichas operaciones, debe quedar claro que el solo hecho de reportarse a una entidad aseguradora la lista de datos personales de los prestatarios –asegurados como emergencia de una Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario, de **ninguna manera ingresa dentro de los alcances del 'secreto bancario' ya que no se está revelando la información financiera de los mismos, sus números de cuentas o las sumas de dinero que poseen en la entidad bancaria**'. Del mismo modo, la ASFI categóricamente señaló que: '(...) **de acuerdo a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055**, en su parte que se refiere a las 'CARACTERÍSTICAS DEL BIEN ASEGURADO' en su inciso A) se especifica que la 'MATERIA DEL SEGURO' radica en los '**PRESTATARIOS DEL BANCO SANTA CRUZ S.A. QUE FIGUREN EN LAS PLANILLAS MENSUALES DE SALDO INSOLUTO DE CAPITAL SEGÚN NOMBRES Y NÚMEROS DE CRÉDITOS QUE SERÁN PROPORCIONADOS POR EL BANCO MENSUALMENTE**' lo que refuerza el criterio de no existencia de 'secreto bancario' toda vez que **en ningún momento la póliza N° 600055 estableció que se reportaran números de cuentas, saldos de capital, etc.; sino simplemente los nombres de los prestatarios y números de créditos**'. Así, la ASFI concluye que la compañía: '(...) ingresó, además, en incumplimiento de su propio contrato de seguro: donde **bien pudo la entidad aseguradora haber reclamado de forma inmediata esta situación al órgano regulador correspondiente**, a los fines de cumplir con la Ley de Seguros y sus consiguientes obligaciones. Además (...) tampoco se puede dejar de lado que las planillas de pago de primas contienen datos que identifican a un asegurado a través de un número de cliente e incluso un número asignado al crédito otorgado'. Entonces, se puede advertir sin lugar a dudas que el criterio de la ASFI ha sido correcto a tiempo de determinar la inexistencia de 'secreto bancario'. (el resaltado es añadido).
- Por otra parte, otro aspecto que demuestra que nunca se configuró el 'secreto bancario' radica en que, de la revisión del expediente administrativo, se ha logrado evidenciar que **SE EMITIERON DOS PÓLIZAS DE INCENDIO EN LAS GESTIONES 2000 Y 2001 MIENTRAS SE MANTENÍAN VIGENTES LOS CRÉDITOS OTORGADOS A MI PERSONA DONDE, EN ESTE CASO, SE VERIFICÓ QUE SE PROCEDIÓ A EMITIR Y ENTREGAR CERTIFICADOS Y NOTAS DE COBERTURA**. De ello se puede corroborar una vez más la inexistencia de 'secreto bancario' por cuanto de dar cabida al argumento de la compañía acerca de reserva bancaria, entonces tampoco se habrían tenido que emitir los certificados y notas de cobertura para las Pólizas de Incendio al tratarse de información catalogada dentro del 'secreto bancario'.
- Alianza Vida S.A. en su desesperación de pretender salir exculpada, hace referencia a 'gestiones que habría realizado con el Banco' por el supuesto secreto bancario, extremo que es inatendible por cuanto **LA OBLIGACIÓN DE ESTA COMPAÑÍA ERA LA DE REPORTAR ESTOS HECHOS AL ÓRGANO REGULATORIO CORRESPONDIENTE** y no a su cómplice el Banco. De tal manera que cualquier carta o certificación que adjunte la Entidad Aseguradora que provenga del Banco es inválida. De todas maneras y sin reconocer la existencia de 'secreto bancario' alguno, la Certificación de 11 de agosto de 2003 a la que hace mención la compañía, en su

punto 5 señala claramente que '(...)En aquel entonces, de acuerdo a la normativa vigente, **los reportes se hacían en listados con números (...)**' lo cual por propia confesión de la aseguradora demuestra que en todo caso y como bien estableció la ASFI: '(...) las planillas de pago de primas contienen datos que identifican a un asegurado a través de un número de cliente e incluso un número asignado al crédito otorgado' donde Alianza Vida S.A. bien pudo haber emitido, inclusive, los Certificados de Cobertura especificando el número de cliente, pero obviamente esta aseguradora no actuó así ya que tampoco tenía ni los Certificados de Cobertura ni la Póliza N° 600055 registrados en la ex SPVS.

En consecuencia, no existe interpretación equivocada en los fundamentos de la Resolución ASFI N° 085/2009 acerca de la inexistencia de 'secreto bancario'.

#### **5) SOBRE LA FALTA DE PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN**

Sobre este punto, basta señalar que el Art. 52 del Código de Comercio hace referencia a la conservación de libros y papeles establecidos en el Art. 51 del mismo Código, donde este último artículo (51) hace mención a la 'correspondencia y documentación contable'; y en este caso, **LA SPVS NO HA SOLICITADO A ALIANZA VIDA S.A. QUE PRESENTE NI CORRESPONDENCIA NI MUCHO MENOS DOCUMENTACIÓN CONTABLE** como para que esta Aseguradora pretenda ampararse en los alcances del referido Art. 52 del Código de Comercio en cuanto al plazo para la conservación de dicha documentación.

Por otro lado, no se puede pretender soslayar el Art. 12, literal j, de la Ley de Seguros el mismo que es meridianamente claro y categórico cuando determina como **OBLIGACIONES** de las Entidades Aseguradoras 'Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, **sin restricción de ninguna naturaleza(...)**'.

En el mismo sentido, no puede quedar al margen el hecho de que Alianza Vida S.A. a sabiendas de que desde un principio ha tomado conocimiento de mis denuncias ahora, contra toda lógica, pretenda señalar que no cuenta con la documentación o información relativa a este caso si el mismo se ha mantenido y se mantiene aún vigente. Entonces, queda claro que el temor que tiene Alianza Vida S.A. de exhibir y presentar información es precisamente porque de revelarse la documentación que oculta maliciosamente esta aseguradora, daría lugar a que se verifiquen no solo infracciones administrativas sino también delitos penales.

En consecuencia, la Resolución ASFI N° 085/2009 (págs. 16 y 17) ha efectuado una correcta evaluación de los hechos y la normativa aplicable no siendo procedente que la compañía señale que 'dentro de la definición de entidad financiera no se encuentran inmersas las aseguradoras' por cuanto en ningún momento se aplicó norma financiera alguna contra Alianza Vida S.A.

#### **6) SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

En respuesta a los argumentos de Alianza Vida S.A. respecto a la configuración de las infracciones en las que ha incurrido, cabe simplemente señalar y ratificar por mi parte, que las conductas llevadas a cabo por la Entidad Aseguradora **SON INSUBSANABLES** las cuales merecen la aplicación de la sanción establecida en el Art. 52 de la Ley de Seguros, es decir, la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

En efecto, para demostrar una vez más estos mis fundamentos, considero oportuno reiterar lo siguiente:

##### **6.1) LOS CARGOS 1 Y 2 (...)**

En otro orden de cosas, es inaudito e intolerable que la compañía señale ahora que 'habría subsanado el hecho de regularizar al reasegurador y haber registrado y emitido

posteriormente los Certificados de Cobertura'; por cuanto **ALIANZA VIDA S.A. PARA DEMOSTRAR ESTA SITUACIÓN DEBERÍA ADJUNTAR LOS CERTIFICADOS DE COBERTURA DE LA PÓLIZA N° 600055 DEBIDAMENTE RECEPCIONADOS POR MI PERSONA Y MI SEÑORA ESPOSA. ADEMÁS QUE EL HECHO DE HABER SUPUESTAMENTE 'REGULARIZADO' A SU REASEGURADORA NO DESVIRTÚA QUE AL MOMENTO DE VIGENCIA DE LA PÓLIZA DICHO REASEGURO ERA ILEGAL.**

En consecuencia, se ha demostrado de manera incontrovertible que las conductas ilícitas llevadas a cabo por Alianza Vida S.A. **NO SON SUSCEPTIBLES DE SUBSANACIÓN O CORRECCIÓN**; no existiendo prueba alguna que demuestre que se pueden enmendar las violaciones normativas de la compañía.

#### **7) PETITORIO**

Por tanto, y en mérito a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito a su Autoridad tener por respondido el infundado Recurso de Revocatoria presentado por Alianza Vida S.A. y en su mérito se dicte Resolución Administrativa expresa por medio de la cual **SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI N° 085/2009 y en su mérito **SE IMPONGA A ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A. LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO O EN SU DEFECTO LA INTERVENCIÓN PARA LIQUIDACIÓN** al encontrarse comprobadas las infracciones **INSUBSANABLES** en las que ha incurrido la Entidad Aseguradora.

**OTROSÍ 1º.** Con la finalidad de demostrar las infamias y mentiras expresadas por Alianza Vida S.A. que sostiene en su recurso de revocatoria que la Resolución SPVS-IS N° 143 de 16 de febrero de 2006 y Resolución SPVS-IS N° 482 de 20 de junio de 2007 ya los habría sancionado, adjunto en calidad de prueba la siguiente documentación:

- 1.1) **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto que anuló el procedimiento administrativo llevado a cabo por la SPVS, anulación que acarreeó a la Resolución SPVS-IS N° 143 de 16 de febrero de 2006.**
- 1.2) Resolución Administrativa SPVS IS N° 1074 de 17 de diciembre de 2007, que dispuso la anulación de procedimiento administrativo contra Alianza Vida S.A. y HP Brokers SRL, **anulación que acarreeó a la Resolución SPVS-IS N° 482 de 20 de junio de 2007.**

En consecuencia, queda demostrado que no existe 'doble imposición de sanción' como falsamente argumenta Alianza Vida S.A. puesto que las Resoluciones Administrativas a las que hace mención la compañía se encuentran anuladas y por tanto no tienen valor jurídico..."

### **3.2. RESPUESTA A RECURSO DE REVOCATORIA DE LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ.-**

Mediante memorial presentado el 24 de septiembre de 2009, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. absuelve el traslado del Recurso de Revocatoria interpuesto por el recurrente Luis Artemio Lucca Suárez bajo los siguientes argumentos:

#### **"...II. CONOCIMIENTO**

Habiendo sido notificados con el Recurso de Revocatoria interpuesto por el denunciante Luis Artemio Lucca Suárez contra la Resolución ASFI 075/2009 rectificadas por la Resolución ASFI N° 141/2009 y vuestra Nota ASFI/DAJ/R-35340/2009 del 04 y 09 de septiembre de 2009 respectivamente, al amparo del artículo 60 de la Ley N° 2341 concordante con el artículo 41 parágrafo II y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en nombre y representación de ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. absuelvo traslado al meritudo recurso.

### **III. CONTESTA RECURSO DE REVOCATORIA**

Señor Director, con el fin de proporcionar a su autoridad los mayores argumentos de análisis respecto al Recurso de Revocatoria interpuesto por el denunciante Señor Luis Artemio Lucca y ante todo con el fin de evitar que ese órgano regulador ASFI incurra en errores procedimentales que conlleven a examinar en el fondo el ilegal recurso interpuesto por el antes mencionado denunciante, considero necesario precisar de manera ilustrativa y conforme la normativa jurídica vigente y especial (aplicada de manera preferente en Derecho Administrativo) y la uniforme doctrina administrativa la impugnabilidad subjetiva, respecto a la legitimidad y pertinencia en la interposición de los recursos administrativos, a cuyo efecto a continuación me permito detallar lo siguiente:

#### **A. DE LA NORMATIVA QUE DETERMINA LA RECURRIBILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

El **Artículo 14 párrafo I de la Ley N° 2341** bajo el nomen juris de **Acción Legítima del Administrado** establece que: **'Toda persona individual o colectiva, Pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos, intereses, conforme corresponda'**

Por otra parte el mismo cuerpo de leyes en su **Artículo 56 párrafo I** establece respecto a la **Procedencia de los recursos** lo siguiente: **'Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan el carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieran causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos...'**

A su vez el **Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo** aprobado mediante **Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003**, señala respecto a los **sujetos regulados, legitimación, procedimiento recursivo – recursos administrativos y recurso de revocatoria dentro del proceso administrativo** lo siguiente:

##### **'Artículo 14.- (Sujetos Regulados)**

**I. Se consideran operadores financieros y se constituyen en los sujetos regulados del SIREFI las personas jurídicas que actúan en los mercados financieros ofertando o intermediando servicios de carácter financiero, constituidos en el tipo societario que según su actividad, establecen las respectivas normas sectoriales y que, habiendo cumplido con los requisitos para su habilitación legal, cuenten con autorización de funcionamiento otorgada por la Superintendencia sectorial correspondiente. II. Las personas naturales o jurídicas que a través de los servicios financieros prestados por los operadores financieros depositen, inviertan, aporten recursos financieros o se encuentren registrados en los registros públicos establecidos por las Superintendencias del SIREFI de acuerdo a norma, serán consideradas sujetos regulados.**

**Artículo 15.- (Personas Interesadas y Legitimación).** Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial SIREFI que corresponda, solicitando la realización de **un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar dicha resolución mediante la interposición de recursos administrativos (el subrayado es nuestro).**



**Artículo 36.- (Tipos de Recursos Administrativos).**- Las resoluciones administrativas podrán ser impugnadas por los sujetos regulados o personas interesadas legitimadas...

**Artículo 37.- (Procedencia)** Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva directa(sic) por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan el alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. La resolución definitiva es aquella que define la cuestión sometida a un trámite dentro del SIREFI. (el subrayado es nuestro).

**Artículo 41.- (Recurrente y terceros afectados).**- I. Pueden interponer recursos administrativos las personas que consideren lesionados sus derechos e intereses por el acto administrativo impugnado.

**Artículo 47.- (Procedencia).**- I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de las Superintendencias Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión...

#### **B. DE LAS DEFINICIONES DOCTRINALES RESPECTO A LA RECURRIBILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

El tratadista argentino Roberto Dormí refiere respecto a los recursos administrativos que:

**'... por medio del recurso administrativo, se promueve el control de la legalidad (legitimidad y oportunidad) de un acto emanado de la autoridad administrativa, a fin de que se revoque o modifique con el objeto de reestablecer el derecho subjetivo o interés subjetivo lesionado por dicho acto...**

**En calidad de parte, la administración controla la legitimidad y la oportunidad de su obrar, protegiendo derechos subjetivos e intereses legítimos...**

**El recurso, en suma, es una facultad o un derecho que se ejerce como acto de impugnación y defensa de un derecho sustancial...**

**2.1. Requisitos.** Los requisitos de los recursos son los recaudos que estos deben reunir para que pueda ser examinada la cuestión de fondo que se plantea. Estos requisitos se refieren al sujeto, al objeto y a la causa.

**a) Sujeto.- En todo recurso intervienen dos sujetos: la Administración Pública que decide o resuelve el recurso y el particular – administrado que interpone el recurso. En relación al administrado. También se requiere la legitimación, porque titulariza un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado o afectado por el acto administrativo contra el cual recurre, en síntesis si el titular está legitimado puede la Administración Pública examinar la cuestión de fondo...**'

A su vez el mismo tratadista define el **Derecho subjetivo** y dice: **'Implica la predeterminación normativa de la conducta administrativa debida a un individuo en situación de exclusividad. Se trata de una actividad humana imperativamente protegida, que genera un interés propio, excluyente de titularidad diferenciada, que habilita para exigir una prestación también diferenciada. Es la figura activa por excelencia, que se edifica sobre el reconocimiento de un poder a favor de un sujeto concreto respecto de otro, imponiéndole a éste obligaciones y deberes en su interés propio, que puede pedir hasta con tutela judicial.**

**Siempre traduce un interés particular más intensamente protegido, por oposición al interés concurrente o compartido y por el cual un administrado tiene la exigibilidad exclusiva a que la Administración no se exceda en sus facultades**

regladas, tratándose siempre de pretensiones directas. Por consiguiente, el derecho subjetivo consta de una situación de hecho ante cuyo incumplimiento o violación corresponde una consecuencia jurídica que puede invocar un individuo.

Quien posee un derecho subjetivo puede reclamar su reconocimiento tanto ante la propia Administración (por vía de recursos administrativos) como ante la jurisdicción (por vía de acciones judiciales ordinarias, interdictos, acciones sumarias, acciones procesales administrativas, entre otras)...

Del mismo modo, tratadistas como Hutchinson, Heredia, Zanobi, Tawil, Debash y otros coinciden en que el **derecho subjetivo es un derecho exclusivo, específico, personalísimo y oponible a terceros que expresa el poder que una persona tiene frente a determinada situación o bien. Entendiéndose como el derecho subjetivo por excelencia a la propiedad, por ser susceptible de valuación económica.**

Finalmente Roberto Dromi al definir el **Interés legítimo** y dice: **'No todo interés jurídico envuelve para su titular un derecho subjetivo, sino que puede asumir otras formas: interés legítimo e interés simple.**

**En el interés legítimo hay, por lo común, una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial por tener un interés personal y directo en la impugnación del acto.**

**Quien posee un interés legítimo puede reclamar su reconocimiento ante la Administración por vía de recursos administrativos. En algunas legislaciones se concede protección judicial para su tutela por medio de la acción procesal administrativa de ilegitimidad o anulación, sin que proceda en ningún caso indemnización por daños y perjuicios.**

Con relación al **interés simple** sostiene que **'es el que no pertenece a la esfera de las necesidades o conveniencias particulares del titular, sino sólo a la de las necesidades y conveniencias públicas. Es el interés que tiene todo particular en que la ley se cumpla'.**

**Los elementos que lo caracterizan son: a) actividad reglada o discrecional con límites jurídicos que predefinan la conducta administrativa; b) situación de concurrencia, y, c) ausencia de interés personal y directo.**

**... quien posee un interés simple, sólo tiene protección administrativa por vía de denuncias. No puede pretender revocación administrativa, ni anulación judicial, como tampoco resarcimiento indemnizatorio.**

## **B. DEL RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR EL SEÑOR LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ CONTRA LA RESOLUCIÓN ASFI N° 085/2009 RECTIFICADA POR LA RESOLUCIÓN ASFI N° 101/2009 Y RESOLUCIÓN ASFI N° 141/2009.**

Ahora bien Señor Director, de la normativa antes referida así como de los preceptos doctrinales ampliamente expuestos se colige que el recurso de revocatoria interpuesto por el Señor Luis Artemio Lucca Suárez contra la **RESOLUCIÓN ASFI N° 085/2009 RECTIFICADA POR LA RESOLUCIÓN ASFI N° 101/2009 Y RESOLUCIÓN ASFI N° 141/2009** es totalmente inadmisibile, al no cumplir con los requisitos de admisibilidad establecidos por ley concretamente en el Artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo y Artículo 15 del Decreto Supremo N° 27175 referidos al interés o derechos legítimos, por lo que en definitiva no corresponde que ese órgano regulador examine en el fondo el recurso interpuesto por el denunciante y hoy frustrado recurrente, tal cual lo demuestro a continuación:

### **1. EL RECURRENTE CARECE DE LEGITIMIDAD PARA INTERPONER RECURSO DE REVOCATORIA.-** El Señor Luis Artemio Lucca carece de legitimidad para recurrir

contra la Resolución ASFI N° 085/2009 y otras relacionadas con dicho acto administrativo, pues note su autoridad que son sujetos dentro del presente recurso propiamente el Órgano Público, Administración Pública o Ente Regulador del Mercado (ASFI) y el administrado o regulado y supuesto infractor (Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.) independientemente que el proceso sancionador se haya iniciado por denuncia del hoy recurrente. Es en este sentido que ese órgano regulador dirige su Resolución ASFI N° 085/2009 únicamente contra mí representada como administrado, regulado y supuesto infractor, imponiéndole una sanción de manera desproporcionada al multarnos con la suma de Bs. 260.397.- (Doscientos Sesenta Mil Trescientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos) además de la prohibición de presentarnos durante tres meses a licitaciones públicas y/o privadas; sanción esta que exclusivamente atañe a la Compañía como parte del proceso y que la constituye como consecuencia lógica también como la única perjudicada con el pronunciamiento de la Resolución ASFI N° 085/2009 al ser lesiva a sus legítimos derechos y atentar contra sus derechos subjetivos, por lo que el derecho a recurrir (impugnabilidad subjetiva) le corresponde únicamente a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., quien conforme a la normativa vigente esta investida de la legitimidad requerida por ley para formular el correspondiente recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 085/2009.

Consiguientemente Señor Director, el denunciante hoy recurrente Luis Artemio Lucca Suárez carece de legitimidad para impugnar las antes señaladas resoluciones, ya que en su calidad de denunciante sólo **posee un interés simple de que se cumpla la ley, extremo que se ha cumplido al activar el procedimiento sancionatorio vía denuncia y en tal condición no puede pretender la revocación administrativa, ni anulación judicial, como tampoco resarcimiento indemnizatorio** y como quiera que las resoluciones pronunciadas no imponen sanción alguna en su contra, por lo que en definitiva el precario hoy recurrente no titulariza ningún derecho subjetivo o interés legítimo lesionado o afectado con los actos administrativos emitidos por ese órgano regulador en esa condición.

2. **EL RECURSO CARECE DE FUNDAMENTACIÓN LEGAL.**-Sin consentir la legitimidad del denunciante Luis Artemio Lucca para recurrir contra las Resoluciones pronunciadas dentro del presente proceso sancionatorio, es necesario precisar también que el recurso de revocatoria objeto de la presente absolución carece de la fundamentación requerida por ley. Señor Director, es evidente que quien interpone un recurso tiene el deber de sustentarlo y fundamentarlo conforme a derecho, pues ese órgano regulador así como cualquier otro encargado de administrar justicia, no puede ni debe estar sometido a imaginarias y caprichosas pretensiones de los denunciantes o demandantes y es en ese entendido que la ley prevé los presupuestos básicos que rigen la interposición de los recursos, estableciendo de manera fehaciente este derecho a quien es lesionado o perjudicado con el acto administrativo; persona que tiene la ineludible obligación de fundamentarlo estableciendo con claridad y precisión sus derechos afectados, aspecto este que indudablemente no ha dado cumplimiento el recurrente como lógica consecuencia de que las resoluciones por él impugnadas no lesionan ni perjudican sus derechos subjetivos, pues como se tiene dicho en su condición de ciudadano cumplió su deber al formular su denuncia ante la administración, quien ha impuesto sanciones, no obstante arbitrarias, sanciones al fin.
3. **EL RECURRENTE CARECE DE INTERÉS LEGÍTIMO.**- El denunciante Luis Artemio Lucca Suárez posee única y exclusivamente un interés simple en la presente acción

administrativa, al haber concurrido en todos los actos del proceso toda vez que actuó a través de una denuncia tal como lo facultaba la ley en su condición de ciudadano y no como directamente afectado por las infracciones denunciadas.

En consecuencia Señor Director, bajo ningún criterio puede la Administración Pública en este caso representada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dar curso a lo señalado en el memorial de interposición del Recurso de Revocatoria, mucho menos considerar en el fondo el recurso por carecer de los requisitos indispensables señalados en el Art. 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo y Artículo 15 del Decreto Supremo N° 27175 referidos al interés o derechos legítimos; por lo que en definitiva no se debe examinar la cuestión de fondo del recurso objeto de la presente absolución, máxime aún si se considera que es obligación de esa administración controlar la legitimidad y la pertinencia de la recurribilidad, protegiendo derechos subjetivos e intereses legítimos de los realmente afectados con el acto administrativo.

#### **C) ACLARACIÓN NECESARIA**

Finalmente y demostrado fehacientemente que la Resolución ASFI N° 085/2009 no causa daño alguno al Señor Luis Artemio Lucca, aclaro a su autoridad que en el hipotético caso de haberse ocasionado daño alguno al denunciante Luis Artemio Lucca como consecuencia al rechazo del pago indemnizatorio reclamado, corresponde conforme a los términos contractuales pactados en el Contrato de Seguros, es decir Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario, a instancia del beneficiario, dilucidarlo por la vía del arbitraje conforme a la Ley de Conciliación y Arbitraje; vía que conforme a ley y en virtud al artículo 39 de la Ley de Seguros corresponde determinar en primer lugar si el hoy denunciante y recurrente tiene la calidad de beneficiario, y en segundo lugar de haber sido incorrecto el rechazo del siniestro formulado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros, dispondrá en caso que corresponda, el pago del reclamo conforme a los alcances de la Póliza de Seguro.

#### **IV PETITORIO**

En mérito a los argumentos antes expuestos y en especial al haber demostrado la falta de legitimidad del denunciante y recurrente Sr. Luis Artemio Lucca para interponer el Recurso de Revocatoria contra la RESOLUCIÓN ASFI N° 085/2009 RECTIFICADA POR LA RESOLUCIÓN ASFI N° 141/2009 solicito a su autoridad en nombre y representación de ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. **DESESTIMAR** el Recurso de Revocatoria presentado por el Sr. Lucca, en estricta aplicación de los principios y procedimientos contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley N° 2341), Art. 60 y Arts. 41 parágrafo II y 43 del D.S. N° 27175...".

#### **4.RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 312/2009 DE 6 DE OCTUBRE DE 2009 .-**

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 312/2009 de 6 de octubre de 2009 se confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de 2009, resolviendo lo siguiente:

**"PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE**, la Resolución Administrativa ASFI No. 085/2009 de 11 de agosto de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cuanto a la aplicación del Reglamento Sancionatorio empleado para establecer las sanciones por los cargos del 1 al 7 de la Resolución impugnada, conforme a la fundamentación contenida en la presente Resolución.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** LA PARTE RESOLUTIVA PRIMERA DE LA Resolución ASFI No. 85/2009 ratificando la imposición de la sanción administrativa de multa en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por el importe de Bs. 260.397 (Doscientos sesenta mil trescientos noventa y siete 00/100 Bolivianos) y con la prohibición de presentarse durante tres meses a licitaciones públicas, al haberse comprobado la comisión de infracciones graves a la normativa que regula el mercado de Seguros."

Los fundamentos en los que basa la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero su Resolución son los siguientes:

**"CONSIDERANDO:**

Que, de acuerdo a la revisión y compulsada del expediente administrativo se tiene que por memoriales presentados que datan desde el año 2003, Luis Artemio Lucca Suárez presentó sucesivas denuncias contra la compañía Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. las cuales recién tuvieron un pronunciamiento expreso por parte de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros a través de la Resolución Administrativa SPVS IS No. 497 de 20 de junio de 2005 y SPVS IS No. 389 de 17 de mayo de 2005, las cuales fueron dejadas sin efecto por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005.

Que, en el año 2006, mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 46/2006 de 02 de agosto de 2006 se anulan las Resoluciones Administrativas SPVS IS No. 143 de 16 de febrero de 2006 y la SPVS IP No. 425 de 12 de abril de 2006.

Que en el año 2007, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ/104/2007 de 29 de noviembre de 2007 anula nuevamente el procedimiento hasta el estado en que se lleven a cabo nuevamente las diligencias preliminares, en el plazo conferido por el Artículo 17, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que, en virtud a la Resolución Jerárquica antes señalada, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió la Resolución Administrativa SPVS IS No. 1074 de 17 de diciembre de 2007, que resuelve anular los procesos administrativos sancionatorios seguidos contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.

Que, posteriormente la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determinó la conformación de una Comisión Especial para procesar e investigar todas las denuncias presentadas por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, habiendo dicha Comisión emitido el Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo de 2008, por medio del cual se establecieron una serie de posibles infracciones a la Ley de Seguros y disposiciones conexas por parte de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

Que, en mérito al señalado Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo de 2008, a través de la nota con cite SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, se notificó los cargos atribuidos a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

Que, por efecto del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009 y el Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dictó la Resolución Administrativa SPVS/No. 392 de 4 de mayo de 2009, publicada el 5 de mayo de 2009, por la cual se suspenden plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como los plazos por solicitudes presentadas ante la SPVS.

Que, mediante auto de fecha 27 de julio de 2009 la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero resuelve disponer la radicatoria en la Dirección de Asuntos Jurídicos del proceso sancionatorio iniciado por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros a denuncia del señor Luis Artemio Lucca contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., otorgando un plazo de 10 días hábiles administrativos para emitir la correspondiente Resolución Sancionatoria.

**CONSIDERANDO:**

Que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, determina que "la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros al expresar que la póliza entró en caducidad por falta de pago y que técnicamente se encontraba sin cobertura, emitió una opinión sin tener la 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 del arbitraje".

Que, en ese sentido y de acuerdo a las consideraciones señaladas en la mencionada Resolución Jerárquica, la competencia de la ex SPVS, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se limita a investigar, analizar y sancionar las conductas que vulneren el ordenamiento jurídico.

**CONSIDERANDO:**

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario No. 27175, establecen las normas que regulan el procedimiento administrativo y la interposición de los recursos administrativos en el Sistema de Regulación Financiera.

Ambas disposiciones legales tienen por objeto hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición y regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, de acuerdo a lo establecido en su disposición final segunda, entró en vigencia a los doce meses de su publicación.

Que la mencionada Ley, determina en el parágrafo I de su disposición transitoria tercera, que los procedimientos administrativos que se hallen en trámite a la entrada en vigencia de esta Ley, se regirán por las leyes y disposiciones anteriores.

Que el Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera de fecha 15 de septiembre de 2003, Decreto Supremo No. 27175, determina en su artículo 4 que los trámites y recursos administrativos en curso serán resueltos bajo el procedimiento vigente al momento de su iniciación o interposición. **Todo trámite o recurso que se inicie a partir de la fecha de publicación del presente reglamento, se sujetará a su régimen.**

Que bajo ese contexto y de acuerdo a los antecedentes desarrollados en el considerando precedente, la nulidad alegada por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no es aplicable en el presente caso de autos ya que la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Financiera tienen vigencia desde el año 2003, fecha en la que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros toma conocimiento de los hechos denunciados por el señor Luis Artemio Lucca.

## **CONSIDERANDO**

Que con relación a la prescripción alegada, misma que ya fue analizada en la Resolución ASFI No. 85/2009, es necesario realizar(sic) precisar.

Que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 76/2008 de 18 de diciembre de 2008 dejó establecido que:

*En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público por virtud del cual el estado cesa 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 defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría el derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente, aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.*

*De ahí que esta institución haya sido recogida en la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo al determinar en el artículo 79 que: 'Las infracciones prescribirán en el término de 2 años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de 1 año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...).'*

*Aunque la Ley de Procedimiento Administrativo no atribuye expresamente el efecto interruptivo de la prescripción, en cuanto a las infracciones, obviamente debe tener ese efecto, más allá de que esta situación se encuentre reglada legalmente.*

*Se advierte entonces que, ante la ausencia de una norma expresa sobre la interrupción de la prescripción de las infracciones, debe atribuirse dicho carácter a **'cualquier acto administrativo'** que sea de conocimiento del presunto infractor, encaminando a lograr este propósito en la etapa de diligencias preliminares, es decir, aún antes de iniciarse el procedimiento sancionatorio.*

*Que, consecuentemente realizando un resumen de los supuestos fácticos, en fecha 17 de abril de 2001 muere la señora Ana María Arteaga de Lucca. HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL a través de nota con cite TEC-1105/2001 de fecha 08 de mayo de 2001, reporta a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. el siniestro.*

*Que, el señor Luis Artemio Lucca Suárez activó la vía administrativa desde inicios del año 2003, con la presentación de una serie de memoriales por medio de los cuales formuló denuncias expresas contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.*

*Que, a través de carta con cite SPVS-IS-DAD No. 0652 de fecha 26 de febrero de 2003 la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros requiere a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. que remita todos los antecedentes respecto al reclamo presentado por el señor Luis Artemio Lucca.*

*Que a partir de la mencionada nota, respondida por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en fecha 12 de marzo de 2003 mediante nota con Cite RCL 013/03, se desarrollan una serie de actuaciones por parte del Órgano Regulador mismas que fueron impugnadas por el denunciante ante la ex Superintendencia General del SIREFI, entidad que en varias oportunidades procedió a disponer la anulación del procedimiento administrativo hasta el estado en que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros lleve a cabo nuevamente las diligencias preliminares de investigación contra la entidad aseguradora, en el plazo conferido por el Artículo 17, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que dio origen a la posterior emisión del Informe*

SPVS/INF/Nº 01/2008 de 30 de mayo de 2008, el cual sustentó la nota de cargos emitida contra la entidad aseguradora y la prosecución del presente procedimiento administrativo sancionador.

Que, bajo este contexto, no existe mérito alguno ni sustento jurídico para declarar la prescripción de los cargos formulados contra la entidad aseguradora ya que la misma quedo interrumpida el 26 de febrero de 2003 a través de la nota SPVS IS DAD 0652/2003.

**CONSIDERANDO:**

Que con relación a la falta de legitimación del señor Luis Artemio Lucca Suárez para recurrir contra la Resolución ASFI No. 85/2009, es necesario entrar a algunas consideraciones.

Que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007, determina que "(...) De la lectura e interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones normativas antes trascritas, se puede arribar a la conclusión de que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 reconocen a las personas – sean estas naturales o jurídicas – la posibilidad no sólo de iniciar un procedimiento administrativo – sea éste general o específico como es el sancionatorio – sino también de intervenir en todas las instancias, etapas e incidencias del mismo, más aun si se toma en cuenta que la persona haya sido denunciante directo, pudiendo, asimismo, solicitar toda información documental de su trámite o denuncia, misma que debe ser atendida con prontitud por el órgano regulatorio correspondiente. Este aspecto inherente a la participación de los interesados o denunciantes en el procedimiento administrativo, además, no solo se restringe a los actos emitidos dentro del procedimiento ya iniciado, sino que también la participación e intervención puede darse, inclusive, dentro de las diligencias preliminares establecidas por el órgano regulador a los fines de llegar a la verdad material de los hechos, como se ha apreciado anteriormente".

Que bajo ese contexto, se reconocen los derechos del señor del señor Luis Artemio Lucca dentro del presente procedimiento sancionador administrativo, sin embargo es necesario hacer referencia a las disposiciones que determinan la legitimación activa en vía recursiva.

Que la legitimación, es la situación jurídica en que se encuentra una persona con respecto a determinado acto o situación jurídica, para el efecto de poder ejecutar legalmente aquel o intervenir y actuar en el proceso, si conforme a la ley le compete hacerlo.

Que, en ese sentido el artículo 41 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, determina que pueden interponer recursos administrativos las personas que consideren lesionados sus derechos o intereses legítimos por el acto impugnado.

Que, concordante con la normativa anterior, Marienhoff señala, en relación a la legitimación del recurrente para deducir recursos, "la decisión recurrida debe lesionar un derecho o un interés legítimo del recurrente. Si dicha lesión no existiere, o quien promueva el recurso carece de interés legítimo para ello, el recurso debe rechazarse de plano (...)" (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1 Teoría General, Quinta Edición)

Que, de acuerdo a la doctrina administrativa, se entiende por derecho subjetivo (interés jurídico) a la facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma



objetiva del derecho y supone la conjunción de una facultad de elegir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia.

Que, por otro lado, se entiende por interés legítimo, todo interés de una persona, pública o privada, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. 'Existe interés legítimo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el derecho, siendo así que este **no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta pero si a exigir de la administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, a objeto de defender esa situación de interés**'. (Sánchez Morón Miguel, Enciclopedia Jurídica Básica, tomo III).

Que de acuerdo a los criterios del Tribunal Constitucional y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, recopilados por Arrache Murguía en la monografía 'Interés Jurídico e Interés Legítimo como procedencia de la Acción Administrativa' las características que permiten identificar al interés legítimo son las siguientes:

- a) Si prospera la acción, ello se traduce en un beneficio jurídico a favor exclusivo del accionante.
- b) Está garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a engendrar un derecho subjetivo.
- c) Debe existir una afectación que lesione la esfera jurídica del particular.
- d) El titular del interés legítimo tiene un interés propio y distinto de otros gobernados consistente en que los actos de la administración pública, que incidan en el ámbito de ese interés propio, se ajusten a derecho.
- e) Es un interés cualificado, particular, actual y real, y no potencial o hipotético, por lo cual se le estima como un interés jurídicamente relevante.
- f) La anulación del acto de autoridad produce efectos exclusivamente en la esfera jurídica del gobernado.

Que, la doctrina jurídica administrativa precedentemente señalada considera que el señor Luis Artemio Lucca si presenta un interés legítimo en el Recurso interpuesto.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, en relación a lo señalado por la entidad aseguradora acerca de que la Resolución ASFI No. 85/2009 de 11 de agosto de 2009 sancionaría por los mismos cargos impetrados en las Resoluciones SPVS IS No. 143 de 16 de febrero de 2006 y SPVS IS No. 482 de 28 de junio de 2007, violando de esta manera el principio del non bis in ídem e imponiendo una doble sanción por los cargos 4) y 6), cabe aclarar:

Que mediante la Resolución Administrativa SPVS IS No. 143 de 16 de febrero de 2006, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con una multa de Bs.1802 por incumplimiento a la normativa del sector de seguros. La mencionada Resolución Administrativa fue impugnada por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., misma que a través de Resolución Administrativa SPVS IP No. 425 de 12 de abril de 2006, fue revocada parcialmente.

Que las indicadas Resoluciones fueron anuladas por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006 que resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la notificación de cargos efectuada contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

Que de igual manera, mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007 anula nuevamente el procedimiento hasta el estado en que se lleven a cabo nuevamente las diligencias preliminares, en el plazo conferido por el Artículo 17, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que de acuerdo a la Sentencia Constitucional 0813/2005-R de 19 de julio de 2005, el principio **non bis in idem** implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, cuando se impone a un mismo sujeto una doble sanción administrativa.

Que la anulación, de acuerdo a lo establecido en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, significa pérdida de su eficacia, por defectos de fondo o de forma, de un acto jurídico.

Que consecuentemente, las Resoluciones Administrativas referidas por el recurrente – SPVS IS No. 143 de 16 de febrero de 2006 y SPVS IS No 482 de 28 de junio de 2007 – no causaron efectos jurídicos ya que las mismas fueron anuladas por las Resoluciones Jerárquicas antes mencionadas, por lo que no existe violación al principio non bis in idem.

#### **CONSIDERANDO**

Que, en lo referente al argumento presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., sobre que dicha entidad se vio imposibilitada del cumplimiento de la norma por causa no imputable a esta, debido a que los esposos Lucca – Arteaga no levantaron el secreto bancario.

Que en la Póliza No. 600055 existe una contradicción ya que en la parte que se refiere a las "CARACTERÍSTICAS DEL BIEN ASEGURADO" en su inciso A) se especifica que la "MATERIA DEL SEGURO" radica en los "**PRESTATARIOS DEL BANCO SANTA CRUZ S.A. QUE FIGUREN EN LAS PLANILLAS MENSUALES DE SALDO INSOLUTO DE CAPITAL, SEGÚN NOMBRES Y NÚMEROS DE CRÉDITOS QUE SERÁN PROPORCIONADOS POR EL BANCO MENSUALMENTE**", por otro lado en las condiciones especiales, segundo párrafo de la cláusula de garantía establece que **EL ÚNICO RESPONSABLE DE CONTROLAR EL CÚMULO DE \$US. 500,000.00 POR PERSONA, POR VARIAS OPERACIONES CREDITICIAS SERÁ EL BANCO SANTA CRUZ S.A., EN VISTA QUE LOS LISTADOS QUE PROPORCIONA LA COMPAÑÍA, SON NUMÉRICOS Y NO NOMINADOS.**

Que estos aspectos, no debieron limitar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. para el cumplimiento de la normativa, más aún cuando las planillas de pago de prima contienen datos que identifican e individualizan a un asegurado a través de un número de cliente e incluso el número asignado al crédito otorgado, por lo que el mencionado argumento no puede ser aceptado como descargo en el presente caso de autos.

#### **CONSIDERANDO:**

Que en relación a la no presentación de información requerida por la ex Superintendencia

de Pensiones, Valores y Seguros, corresponde señalar que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. desde un principio ha conocido las denuncias presentadas por el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez emergentes de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055, por lo cual no sería lógico afirmar que la entidad aseguradora no cuenta con la documentación o información relativa a este caso si el mismo se ha mantenido y se mantiene aún vigente.

#### **CONSIDERANDO**

Que, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. señala que se ha aplicado incorrectamente la Resolución Administrativa No. 602 de 24 de octubre de 2003, hecho que vulnera el Art. 116 numeral II de la Constitución Política del Estado vigente, dado que constitucionalmente se tiene que se encuentra establecido que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible. Por lo cual afirma que en el periodo de tiempo que supuestamente ocurrieron las infracciones investigadas, se encontraría vigente la Resolución Administrativa No. 153 de 04 de abril de 2001, por lo que este extremo hace ilegal la sanción impuesta.

Que el principio de ultractividad de la ley, desarrollado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 36/2005 de 07 de septiembre de 2005, está íntimamente ligado a que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la Ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio 'Tempus regit actus', que se traduce en que la normativa vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después.

Que el principio de irretroactividad, establecido en el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, determina que 'solo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa.'

Que bajo ese contexto, es necesario analizar la aplicación del Reglamento de Sanciones en cada cargo:

#### **CARGO 1 Y 2**

Que, de acuerdo a la nota de cargos, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., **1)** al no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la póliza No. 600055 de seguro de desgravamen hipotecario, al señor Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca, durante el periodo comprendido entre julio a diciembre del 2000 y enero a marzo del 2001, la entidad habría incumplido el inciso g) del artículo 12 de la Ley 1883 de fecha 25 de junio del 1998. **2)** Durante el periodo comprendido de julio 2000 a marzo del 2001, la entidad aseguradora habría incumplido el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 257 del 19 de junio de 2000 (derogada por la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 172 del 16 de abril de 2001), que establece, 'Es obligación de la entidad aseguradora que suscriba seguros colectivos emitir para cada asegurado, un certificado de Cobertura...', al no emitir y entregar durante este período los certificados o notas de coberturas de la póliza No. 600055 de seguro de desgravamen hipotecario, al señor Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca.

Que, en cuanto al incumplimiento al inciso g) del artículo 12 de la Ley 1883 de fecha 25 de junio de 1998, y al artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS – IS No. 257 de 19 de junio de 2000, la norma establece que es obligación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, emitir pólizas de seguros, **certificados o notas de coberturas**, claras y fácilmente legibles, el término de obligación constituye un vínculo que impone la ejecución de una prestación (servicio), establecido por Ley y de cumplimiento forzoso por parte de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

Que, esta norma no contempla una excepción para su cumplimiento, por tanto la Póliza No. 600055 de desgravamen hipotecario de 29 de enero de 2001 con vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, establece un periodo de vigencia que se inicia el 31 de diciembre de 2000, por lo que la entidad debió emitir los certificados o notas de coberturas por el periodo que recibió el pago de primas durante el periodo de

diciembre de 2000 y enero a marzo de 2001. En cuanto al periodo de julio a noviembre de 2000 no se suscitó el incumplimiento a las normas precedentemente citadas.

Que, de la revisión del presente caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. fueron realizadas en **diciembre de 2000**.

Que, la Resolución ASFI No. 085/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso g) del artículo 12 de la Ley de Seguros y al artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS IS 257 de 19 de junio de 2000, aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha es el contenido en la Resolución Reglamentaria No. 01/93 de 11 de noviembre de 1993 emitido por la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, mismo que tuvo vigencia hasta la emisión de un nuevo Reglamento aprobado en fecha 04 de abril de 2001 mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 153/01, que abroga expresamente la norma anterior.

### **CARGO 3**

Que, de acuerdo a la nota de cargos, **durante el periodo de mayo de 2001 al 31 de diciembre de 2001**, la entidad, no ha registrado en esta Superintendencia el Certificado de Cobertura de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario, con código asignado No. 207-934801-1999 11 004, por tanto la póliza No. 600055 de seguro de desgravamen hipotecario con vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, no cuenta con certificado de cobertura, incumpliendo lo establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 172 del 16 de abril de 2001, que indica en sus dos últimos párrafos, lo siguiente: 'El texto de la póliza de seguros colectivo y el certificado de cobertura deberá ser objeto de registro en la SPVS, de forma previa a la comercialización del seguro, según la Resolución Administrativa SPVS- IS No. 070 de fecha 23 de abril de 1999. Es obligación de la entidad aseguradora hacer la entrega del Certificado de Cobertura al asegurado en los 10 (diez) días siguientes a la extensión de la cobertura'.

Que, de la revisión del caso de autos se evidencia que las infracciones, referidas a este cargo, cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. fueron realizadas en el periodo de mayo de 2001 al 31 de diciembre de 2001.

Que, la Resolución ASFI No. 085/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 172 del 16 de abril de 2001, aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha es aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 215 de 24 de mayo de 2001 emitido por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

### **CARGO 4**

Que, de acuerdo a la nota de cargos, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., ha operado y suscrito un contrato de reaseguro con SCOR, dicha empresa no se encontraba registrada en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros durante

el periodo de **1 de octubre de 2000 al 21 de enero de 2001**. Por tanto, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., habría incumplido el Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado con Resolución Administrativa SPVS- IS N° 032/98 del 30 de diciembre de 1998, en lo referente al punto 1.2 incisos i) y iii) que establece lo siguiente: 'Las reaseguradoras extranjeras que operan en el mercado local deberán encontrarse debidamente registradas en la SPVS', 'El registro podrá ser efectuado por un representante legal de la aseguradora, por su representante acreditado en Bolivia o por la compañía de seguros cedente. Es obligación de la compañía de seguros cuidar que las reaseguradoras con las que opera directamente estén registradas en la SPVS', respectivamente.

Que, de la revisión del caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con relación al presente cargo, fueron realizadas en el periodo de **1 de octubre de 2000 al 21 de enero de 2001**.

Que, la Resolución ASFI No. 085/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS - IS No. 032/98 del 30 de diciembre de 1998, en lo referente al punto 1.2 incisos i) y iii), aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha es el contenido en la Resolución Reglamentaria No. 01/93 de 11 de noviembre de 1993 emitido por la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, mismo que tuvo vigencia hasta la emisión de un nuevo reglamento aprobado en fecha 04 de abril de 2001 mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 153/01

#### **CARGO 5**

Que, de acuerdo a la nota de cargos, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., no había remitido a esta Superintendencia los textos del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 321/99 del **9 de noviembre de 1999**, de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934801-1999 11 003 y Desgravamen Hipotecario con código 207-934901-1999 11 004. Asimismo, se evidencia que el condicionado particular de la póliza No. 600055 de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la entidad no consigna el código asignado por la SPVS, por tanto Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., al no remitir a la Superintendencia en tres ejemplares los textos del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934901-1999 11 003 y Desgravamen Hipotecario con código 207-934801-1999 11 004, habría incumplido la instrucción del artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 321/99 del 9 de noviembre de 1999, que establece; 'La compañía debe enviar a esta Superintendencia tres ejemplares del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos, para su archivo'.

Que, de la revisión del presente caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con relación al presente cargo, fueron realizadas en el año 1999 y teniendo en cuenta que la vigencia de la Póliza No. 600055 era del 31 de diciembre del 2000 al 31 de diciembre de 2001, la compañía aseguradora debió haber enviado los mencionados documentos en ese transcurso de tiempo.

Que, la Resolución ASFI No. 085/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a la instrucción del artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 321/99 del 9 de noviembre de 1999, aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha es el contenido en la Resolución Reglamentaria No. 01/93 de 11 de noviembre de 1993 emitido por la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, mismo que tuvo vigencia hasta la emisión de un nuevo reglamento aprobado en fecha 04 de abril de 2001 mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 153/01.

#### **CARGO 6**

Que, de acuerdo a la nota de cargos, la póliza No. 600055 de seguro de desgravamen hipotecario suscrita por el Banco Santa Cruz S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con fechas de emisión el **29 de enero de 2001 y 27 de octubre de 1999**, en cuanto al contrato de seguro en lo referente al condicionado particular otorga a través de cláusulas adicionales, coberturas, beneficios y otras características particulares, que difieren del condicionado particular registrado en la SPVS, por tanto las cláusulas B) límite de edad, C) Coberturas, E) límite máximo de capital asegurado, G) Tasa total mensual compañía de créditos mancomunados y/o solidarios, H) En la misma que se incluyó, el siguiente párrafo; "Debiendo el Banco efectuar el pago respectivo máximo hasta los 30 días posteriores a la presentación de los listados", I) Codeudores, J) Créditos en mora, K) Participación de beneficios (comisión de utilidades), L) Derechos de emisión, en el apartado final del condicionado particular; "Forman parte integrante de la póliza los siguientes documentos (condicionado particular, anexo de condiciones especiales, procedimiento en caso de siniestro, condicionado general, cláusula de 90 días FONVIS), así como también, de la póliza emitida el 27 de octubre de 1999, en cuanto a las siguientes cláusulas; K) Comisiones por cobranza mensual y J) Profit comisión, cláusulas que fueron comercializados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., a través de la póliza No. 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, en su condicionado particular, incumple el inciso f) de artículo 12 de la Ley No. 1883 que establece; 'Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro'. Asimismo, incumplen el artículo 2 del Reglamento de Registro de pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 70/99 del 23 de abril de 1999, que establece; 'Las pólizas, anexos, o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización'.

Que, de la revisión del presente caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con relación al presente cargo, fueron realizadas en el periodo del **27 de octubre de 1999 y 29 de enero de 2001**, fecha en la que se firmó la Póliza No, 600055 con vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001.

Que, la Resolución ASFI No. 085/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo establecido en el inciso f) de artículo 12 de la Ley No. 1883 y el artículo 2 del Reglamento de Registro de pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 70/99 del 23 de abril de 1999, aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado

mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha es el contenido en la Resolución Reglamentaria No. 01/93 de 11 de noviembre de 1993 emitido por la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, mismo que tuvo vigencia hasta la emisión de un nuevo reglamento aprobado en fecha 04 de abril de 2001 mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 153/01.

#### **CARGO 7**

Que, de acuerdo a la nota de cargos, en cuanto al registro de los siguiente anexos; No. 2 (cartera, Fonvis, soluciones), No. 1, No. 2 y otros de declaración mensual de primas, condiciones especiales de asegurabilidad, procedimientos en caso de siniestros y cálculo de comisión de utilidades, estos anexos no se encuentran registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, situación que fue confirmada con el informe SPVS/IS/DAD/ No. 519/2008 de fecha 6 de mayo de 2008, de la Dirección de Análisis y Desarrollo de la Intendencia de Seguros, en su punto 3 y el CITE SPVS-No. 210/2007 de fecha 21 de febrero del 2007. Anexos que fueron comercializados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., a través de la póliza No. 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, incumpliendo el artículo 2 del Reglamento de Registro de pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS- IS N° 70/99 del 23 de abril de 1999, que establece; 'Las pólizas, anexos, o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización'. Asimismo, incumple el inciso f) de artículo 12 de la Ley N° 1883 que establece;' Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro'.

Que, de la revisión del presente caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con relación al presente cargo, fueron realizadas en el periodo de comercialización y vigencia de la Póliza No. 600055, **que datan desde diciembre de 2000 a diciembre de 2001.**

Que, la Resolución ASFI No. 085/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo establecido en el inciso f) de artículo 12 de la Ley No. 1883 y el artículo 2 del Reglamento de Registro de pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 70/99 del 23 de abril de 1999, aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha es el contenido en la Resolución Reglamentaria No. 01/93 de 11 de noviembre de 1993 emitido por la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, mismo que tuvo vigencia hasta la emisión de un nuevo reglamento aprobado en fecha 04 de abril de 2001 mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 153/01.

#### **CARGO 8**

Que, de acuerdo a la nota de cargos, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., al no presentar la documentación solicitada mediante nota SPVS-No. 528/2008 del 20/04/2008, en los puntos 1) y 4), al no cumplir con lo requerido por la comisión especial, en cuanto a

la presentación de la documentación referente a las notas de débito 57624-01, 58245-01, 58636-01, las mismas que no tienen el mismo formato de la nota de débito No 58345-011, la entidad habría incumplido la instrucción emanada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota SPVS-N° 528/2008, siendo pasible a la aplicación del reglamento de sanciones del sector de seguros, la misma que fue aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS N° 602/03 del 24 de octubre de 2003. Asimismo, habría incumplido el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 del 25 de junio de 1998, que establece: 'Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero', previo proceso administrativo.

Que, de la revisión del presente caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con relación al presente cargo, fueron realizadas en el año 2008.

Que, la Resolución ASFI No. 085/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo establecido en el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, y a la instrucción emanada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota SPVS-N° 528/2008, siendo pasible a la sanción establecida en el artículo 16 segundo párrafo inciso a) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS N° 602/03 del 24 de octubre de 2003, por lo que no se ha vulnerado el principio de irretroactividad de la Ley.

**CONSIDERANDO**

Que, el principio de tipicidad, establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 23 de abril de 2002, determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Que la Resolución Jerárquica 32/2005 de 19 de agosto de 2005 desarrolla ampliamente el mencionado principio, estableciendo que '(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar 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, nullapoena sine lege', criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.'

Que bajo ese criterio jurídico, para realizar una correcta subsunción del supuesto fáctico se grafica el siguiente cuadro:

CARGO	FECHA HECHO GENERADOR	PRAECEPTUM LEGIS	SACTIO LEGIS	CLASES DE INFRACCIÓN
-------	-----------------------	------------------	--------------	----------------------



1 y 2	Diciembre de 2000	Ley de Seguros Art. 12 inciso 9. Resolución Administrativa SPVS No. 257 de 19 de junio de 2000, Artículo 4.	Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Reglamentaria de 01/93. Art. 8 inciso m)	Sanciones pecuniarias. "Los casos que puedan motivar directamente sanción de suspensión o prohibición total o parcial de operaciones y actividades, cuando a juicio del Superintendente no asuman mucha gravedad."
3	Mayo de 2001	Resolución Administrativa SPVS – IS No. 172 del 16 de abril de 2001, artículo 3.	Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 215 de 24 de mayo de 2001. Artículo 14 inciso g).	Infracción grave con multa correspondiente a una suma entre 10.001 y 50.000 \$us. "Incumplimiento de las obligaciones y actividades establecidas en la Ley de Seguros y sus Reglamentos."
4	Octubre de 2000 a enero de 2001	Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado con Resolución Administrativa SPVS IS No. 032/98.	Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Reglamentaria de 01/93. Art. 7	Apercibimiento. "Cualquier infracción puede motivar, en primer término la llamada de atención o apercibimiento"
5	Diciembre de 2000	Resolución SPVS IS No. 321/99 de 9 de noviembre de 1999. Artículo 8.	Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Reglamentaria de 01/93. Art. 8 inciso k.	Sanción Pecuniaria  "Uso de pólizas, cuestionarios, anexos, endosos y otros formatos no autorizados por la Superintendencia o no registrados en esta institución u observados o prohibidos por ella."
6	Diciembre de 2000	Ley de Seguros Art. 12 inciso f) y Resolución Administrativa SPVS IS 70/99 de 23 de abril de 1999. Artículo 2.	Resolución Reglamentaria de 01/93. Art. 8 inciso k.	Sanción Pecuniaria "Uso de pólizas, cuestionarios, anexos, endosos y otros formatos no autorizados por la Superintendencia o no registrados en esta institución u observados o prohibidos por ella."
7	Diciembre de 2000	Ley de Seguros Art. 12 inciso f) y Resolución Administrativa SPVS IS 70/99 de 23 de abril de 1999. Artículo 2.	Resolución Reglamentaria de 01/93. Art. 8 inciso k.	Sanción Pecuniaria "Uso de pólizas, cuestionarios, anexos, endosos y otros formatos no autorizados por la Superintendencia o no registrados en esta institución u observados o prohibidos por ella."

8	Año 2008	Requerimiento de información mediante nota SPVS No. 528/2008.	Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Administrativa 602/03 de 24 de octubre de 2003. Artículo 16 parágrafo II inciso a).	Infracciones Leves sancionadas con una multa a una suma no menor a 40.001 ni mayor a 80.000 UFV's. "Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la SPVS o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente."
---	----------	---------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Que de lo explicado precedentemente y analizando la presente controversia, se puede determinar que sin lugar a duda hay una violación al ordenamiento administrativo cuya sanción se encuentra tipificada expresamente, correspondiendo a infracciones graves y no así a insubsanables de acuerdo a lo precedentemente desarrollado.

### **CONSIDERANDO**

Que, la potestad sancionadora en materia administrativa, es una manifestación del *iuspunendi* del Estado, la misma que se encuentra constreñida a los principios jurídicos generales que limitan su ejercicio.

Que la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, es el instrumento que regula y norma la actividad aseguradora y reaseguradora en Bolivia, teniendo como principal objetivo garantizar la seguridad, solidez, solvencia y transparencia del mercado asegurador, buscando el correcto desenvolvimiento de las compañías, proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros, brindando al mismo tiempo a las compañías los lineamientos básicos y las condiciones a las cuales deberán someterse para el desarrollo de sus actividades.

Que bajo ese contexto, la Autoridad de Supervisión del Sistema de Financiero tiene la facultad de determinar y sancionar administrativamente las infracciones a la normativa que regula el sector de seguros, pudiendo en virtud de dicha facultad aplicar gradualmente las sanciones, sobre la base de parámetros objetivos.

Que, la discrecionalidad que ejerce la Administración Pública dentro de un marco previamente reglado, excluye cualquier posibilidad de decisión arbitraria, enmarcado el actuar del ente administrativo a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y buena fe.

Que, el establecimiento de sanciones por parte del órgano regulador se somete a diversos principios. En ese sentido, al establecer una sanción, se debe tener en cuenta: a) el principio de legalidad, b) el principio de tipicidad, c) ponderar adecuadamente la relación entre la sanción y la infracción cometida, a fin de que la sanción responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (principio de proporcionalidad).

Que en el conocimiento y tramitación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación de los hechos imputados y la resolución final.

Que, de acuerdo al Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Reglamentaria 01/93 de 11 de noviembre de 1993, determina en el artículo 8 parágrafo III que el monto de cada multa en particular no puede pasar del 1% del patrimonio de la empresa.

Que, el Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 215 de 24 de mayo de 2001 determina en su artículo 9 que la aplicación de una sanción administrativa de multa corresponderá a la comisión de una infracción leve, media o grave, de acuerdo a los siguientes grados: Multa Grave: correspondiente a una suma entre diez mil uno (10.001) y cincuenta mil (50.000) Dólares.

Que, el Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Administrativa 602/03 de 24 de octubre de 2003, determina en su artículo 16 parágrafo II que son infracciones leves sujetas a la

imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayo a ochenta mil (80.001) Unidades de fomento a la vivienda el incumplimiento a órdenes o instrucciones emanadas por el órgano competente.

#### **CONSIDERANDO**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-43883 de 06 de octubre de de(sic) 2009, ha concluido señalando que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., desvirtuaron parcialmente las consideraciones expuestas en la Resolución recurrida, en lo referido a la determinación del (sic)sanciones ya que en una primera instancias se utilizó erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/03, correspondiendo aplicar el Reglamento de Sanciones vigente al momento de cometida la infracción, por lo que recomienda confirmar parcialmente la Resolución recurrida. (...)"

### **5.RECURSOS JERÁRQUICOS.-**

#### **5.1. MEMORIAL PRESENTADO POR LUIS ARTEMIO LUCCA.-**

Mediante Memorial presentado el 23 de octubre de 2009, el Sr. LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 312/2009 de 06 de octubre, argumentando lo siguiente:

"...Habiendo sido notificado en fecha 13 de octubre de 2009 con la Resolución ASFI No. 312/2009 de 06 de octubre que resuelve mi Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución ASFI No. 085/2009 rectificadora por Resolución ASFI No. 101/2009 y contra la Resolución ASFI No. 141/2009 de 26 de agosto (complementaria); en plazo hábil y bajo la previsión de los Arts. 36, literal b), 37, 38, 52, 53, 55 y 59 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, tengo a bien interponer **Recurso Jerárquico** contra la señalada Resolución ASFI No. 312/2009 **ÚNICAMENTE en cuanto a lo que se refiere a la incorrecta calificación de las infracciones y a la imposición de la sanción aplicada a Alianza Vida S.A.**, en mérito a los siguientes fundamentos:

#### **1) INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN IMPUESTA**

La Resolución ASFI No. 085/2009, confirmada por Resolución ASFI No. 312/2009, ha establecido a cabalidad y ratificado las sanciones que fueran atribuidas inicialmente a Alianza Vida S.A., a través de una valoración razonada de las pruebas aportadas en el transcurso del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

**Sin embargo, cuando la ASFI ingresa nuevamente a efectuar las consideraciones acerca de la calificación de la infracción y la normativa jurídica QUE SUSTENTA LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN, se puede apreciar que SE HA INCURRIDO EN INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS.**

Previamente, debemos partir de un hecho cierto y verdadero el cual es que la Entidad Aseguradora **HA INCURRIDO EN INFRACCIONES DE NATURALEZA INSUBSANABLES** (extremo sobre el cual la ASFI no emite ningún pronunciamiento expreso en la Resolución ASFI No. 312/2009) y esta situación no es una simple apreciación personal sino que surge de los siguientes aspectos:

- a) Las denuncias presentadas por mi persona y que sistemáticamente fueron omitidas de ser investigadas por la ex SPVS hasta la emisión del Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo, datan de gestiones en las cuales Alianza Vida S.A. **INCUMPLIÓ DE MANERA PERMANENTE Y REITERADA** los preceptos establecidos en la Ley de Seguros y normativa conexa, que hasta la fecha nunca corrigió ni enmendó.
- b) **LOS CARGOS 1 Y 2**, ratificados correctamente por la Resolución ASFI No. 085/2009 y confirmados por Resolución ASFI No. 312/2009, hacen mención a que Alianza Vida S.A. **no emitió ni entregó los**

**Certificados de Cobertura, tanto a mi persona como a mi señora esposa (actualmente fallecida),** correspondientes a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055 cuya vigencia fue hasta diciembre de 2001. En ese contexto, cabe preguntarse: ¿podrá Alianza Vida S.A. emitir a estas alturas el Certificado de Cobertura de la Póliza No. 600055?, ¿podrá Alianza Vida S.A. entregar a mi persona el Certificado de Cobertura de la Póliza No. 600055 cuando dicha póliza ya dejó de tener efectos en diciembre de 2001?, ¿podrá en la actualidad Alianza Vida S.A. entregar el Certificado de Cobertura de la Póliza No. 600055 a mi señora esposa (asegurada también) **que falleció el 17 de abril de 2001?** Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **ALIANZA VIDA S.A. NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER EMITIDO NI ENTREGADO LOS CERTIFICADOS DE COBERTURA DE LA PÓLIZA No. 600055 EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA TANTO A MI PERSONA COMO A MI FALLECIDA ESPOSA.**

- c) **EL CARGO 3,** ratificado correctamente por la Resolución ASFI No. 085/2009 y confirmado por Resolución ASFI No. 312/2009, comprobó que la Entidad Aseguradora **no registró** ante la SPVS el Certificado de Cobertura de la Póliza No. 600055; sobre lo cual corresponde preguntarse lo siguiente: ¿podrá Alianza Vida S.A. registrar y emitir a estas alturas el Certificado de Cobertura de la Póliza No. 600055 y subsanar el hecho de no haber realizado el registro y emisión **el año 2001?** ¿podrá Alianza Vida S.A. registrar el Certificado de Cobertura de la Póliza No. 600055 ante la SPVS, institución que a la fecha ha sido extinguida?; en el supuesto en que el Certificado de Cobertura pueda ser registrado ¿produciría algún efecto legal sobre la Póliza No. 600055 cuya vigencia concluyó el mes de diciembre de **2001?** Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **ALIANZA VIDA S.A. NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER REGISTRADO EL CERTIFICADO DE COBERTURA DE LA PÓLIZA No. 600055 EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA Y ANTES DE SU COMERCIALIZACIÓN.**
- d) **EL CARGO 4,** ratificado correctamente por la Resolución ASFI No. 085/2009 y confirmado por Resolución ASFI No. 312/2009, demostró que la Entidad Aseguradora operó y suscribió un contrato de reaseguro con la compañía SCOR **cuando dicha empresa no se encontraba registrada en la SPVS;** sobre lo cual corresponde preguntarse lo siguiente: ¿podrá Alianza Vida S.A. en la actualidad enmendar o subsanar el hecho de haber operado con un reaseguro ilegal no registrado en la SPVS?; ¿podrá Alianza Vida S.A. en la actualidad enmendar o subsanar el hecho de haber comercializado la Póliza No. 600055 con vigencia a diciembre de 2001 utilizando un reasegurador no registrado en la SPVS? Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **ALIANZA VIDA S.A. NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE HABER OPERADO Y SUSCRITO UN CONTRATO DE REASEGURO CON LA EMPRESA SCOR LA MISMA QUE NO SE ENCONTRABA REGISTRADA EN LA SPVS EN ESE MOMENTO.**
- e) **EL CARGO 5,** ratificado correctamente por la Resolución ASFI No. 085/2009 y confirmado por Resolución ASFI No. 312/2009, evidenció que Alianza Vida S.A. **comercializó el Condicionado Particular de la Póliza No. 600055 el cual no consigna el código asignado por la SPVS,** además de otros aspectos; sobre lo cual corresponde preguntarse lo siguiente: ¿podrá en la actualidad Alianza Vida S.A. enmendar o subsanar el hecho de haber comercializado el condicionado particular de la Póliza No. 600055 sin el código respectivo asignado por la SPVS?; ¿podrá Alianza Vida S.A. tramitar un código de registro en la SPVS para la Póliza No. 600055 cuya vigencia finalizó en diciembre de 2001?. Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **ALIANZA VIDA S.A. NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE HABER COMERCIALIZADO EL CONDICIONADO PARTICULAR DE LA PÓLIZA No. 600055 EL MISMO QUE NO CONTENÍA EL CÓDIGO ASIGNADO POR LA SPVS.**
- f) **EL CARGO 6,** ratificado correctamente por la Resolución ASFI No. 085/2009 y confirmado por Resolución ASFI No. 312/2009, demostró que Alianza Vida S.A. **comercializó de manera irregular y delictiva condicionados particulares de la Póliza No. 600055 los cuales DIFIEREN COMPLETAMENTE del condicionado particular registrado en la ex SPVS;** sobre lo cual corresponde preguntarse lo siguiente: ¿podrá la Entidad Aseguradora enmendar o subsanar el hecho de haber comercializado condicionados particulares de la Póliza No. 600055 **que no eran los que se registraron** en la SPVS? ¿podrá la Entidad Aseguradora a la fecha comercializar el condicionado particular correcto cuando la Póliza No. 600055 ya no tiene vigencia al haber fenecido en diciembre de 2001?. Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una

sola: **ALIANZA VIDA S.A. NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE HABER COMERCIALIZADO UN CONDICIONADO PARTICULAR DE LA PÓLIZA No. 600055 EL CUAL ES COMPLETAMENTE DIFERENTE AL QUE SE REGISTRÓ EN LA SPVS.**

- g) **EL CARGO 7**, ratificado correctamente por la Resolución ASFI No. 085/2009 y confirmado por Resolución ASFI No. 312/2009, demostró que Alianza Vida S.A. ilícitamente y de manera dolosa **comercializó** Anexos de la Póliza No. 600055 **sin estar los mismos registrados en la SPVS**; sobre lo cual corresponde preguntarse lo siguiente: ¿podrá en la actualidad la Entidad Aseguradora registrar y comercializar los Anexos correspondientes a la Póliza No. 600055 la cual feneció en cuanto a su vigencia en diciembre de 2001?. Pues la respuesta coherente y por demás lógica a esta pregunta es una sola: **ALIANZA VIDA S.A. NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE HABER COMERCIALIZADO LOS ANEXOS DE LA PÓLIZA No. 600055 LOS MISMOS QUE NUNCA FUERON REGISTRADOS EN LA SPVS.**

De la breve relación antes efectuada, se puede apreciar de manera incontrovertible y sin lugar a dudas que **TODAS LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR ALIANZA VIDA S.A. SON INSUBSANABLES POR CUANTO NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD** conforme se ha explicado precedentemente.

Inclusive, es menester mencionar que la propia Resolución ASFI No. 085/2009 en el quinto párrafo de su pág. 19 ha señalado que '(...) **las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo** (...)'

situación que confirma que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son **INSUBSANABLES**.

Ahora bien, habiendo quedado esclarecida la naturaleza de las infracciones (**INSUBSANABLES**) en las que ha incurrido Alianza Vida S.A., corresponde remitirnos al **ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS** (Norma legal de aplicación preferente) el cual determina los tipos de infracciones **y sanciones** a ser impuestas dentro de este mercado estableciendo lo siguiente:

**'INFRACCIONES Y SANCIONES.-** Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia:

#### **INFRACCIONES**

**INFRACCIONES LEVES.** Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

**INFRACCIONES GRAVES.** Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

**INFRACCIONES INSUBSANABLES.** Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

#### **SANCIONES**

De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas:

**AMONESTACIÓN.** Corresponderá a la comisión de una infracción leve.

**MULTAS.** Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave.

**SUSPENSIÓN TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES.** Corresponderá a la comisión de una infracción grave.

**REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.** Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento'.

De la lectura anterior, se puede establecer de manera clara, concreta y sin lugar a subjetivismos o interpretaciones ambiguas que el Legislador, bajo el principio de reserva legal, ha diseñado y establecido el marco jurídico normativo sobre el cual los órganos regulatorios o de supervisión del mercado de seguros deben actuar a tiempo de calificar las infracciones e imponer las sanciones, situaciones que se encuentran claramente identificadas en la Ley de Seguros.

Tal es el caso, que para graficar el contenido de las infracciones y sanciones administrativas podemos remitirnos al siguiente cuadro, para facilidad de referencia:

<b>INFRACCIÓN</b>	<b>SANCIÓN</b>
<b>INFRACCIONES LEVES.</b> Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.	<b>AMONESTACIÓN.</b> Corresponderá a la omisión de una infracción leve  <b>MULTAS.</b> Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave
<b>INFRACCIONES GRAVES.</b> Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.	<b>MULTAS.</b> Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave  <b>SUSPENSIÓN TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES.</b> Corresponderá a la comisión de una infracción grave
<b>INFRACCIONES INSUBSANABLES.</b> Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros interesados.	<b>REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.</b> Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento.

Como podrá apreciarse, la Ley de Seguros es diáfana cuando determina el catálogo de infracciones y sus respectivas sanciones.

Explicado lo anterior, en el caso que se analiza, **LA ASFI AL CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN No. 085/2009 A TRAVÉS DE LA RESOLUCIÓN No. 312/2009 NUEVAMENTE INGRESA EN INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART.52 DE LA LEY DE SEGUROS** primero al mantener la calificación (tipificación) de las infracciones como si se trataran de 'graves' y segundo al ratificarse una sanción emergente de la mala calificación legal conforme se pasa a demostrar:

- a) Las 'Infracciones Graves' insertas en el catálogo del Art. 52 de la Ley de Seguros corresponden cuando el incumplimiento a la normativa jurídica es 'enmendable o subsanable', situación que ha quedado **demonstrada que no puede ser aplicable en el presente caso**, toda vez que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. no **pueden ser enmendadas, corregidas o subsanadas**. (Ver reconocimiento que se hace en el quinto párrafo de la pág. 19 de la Resolución ASFI No. 085/2009).

Precisamente, esa ha sido la determinación del Legislador cuando ha señalado, en el mencionado Art. 52 de la Ley de Seguros, lo siguiente: **'INFRACCIONES GRAVES'**. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros'.

En ese contexto, la ASFI asume otra vez (porque no fundamenta nada al respecto) que las infracciones de la Entidad Aseguradora son 'graves' **SIN PERCATARSE QUE LAS MISMAS NO PUEDEN SER SUBSANADAS Y POR TANTO NO PODRÍA BAJO NINGUNA FORMA JURÍDICA EL PRETENDERSE CONSIDERAR COMO "GRAVES" LAS INFRACCIONES QUE NO TIENEN POSIBILIDAD DE ENMIENDA O CORRECCIÓN**, lo cual comprueba el error de calificación legal de las infracciones.

- b) Por su parte, las **'INFRACCIONES INSUBSANABLES'** contenidas también en el Art. 52 de la Ley de Seguros corresponden cuando los incumplimientos a la normativa jurídica **'NO PUEDEN SER ENMENDABLES NI SUBSANABLES'** y este aspecto ha quedado plenamente demostrado y corroborado en este caso a partir de que los cargos imputados a la Entidad Aseguradora y que fueran justificados y verificados **NO SON SUSCEPTIBLES DE ENMIENDA, CORRECCIÓN O SUBSANACIÓN**. (Ver reconocimiento que se hace en el quinto párrafo de la pág. 19 de la Resolución ASFI No. 085/2009 ) Es por ello que el Legislador ha sido preciso al indicar lo siguiente:

**'INFRACCIONES INSUBSANABLES** Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros'

A partir de lo anterior, nuevamente debo señalar que existe la suficiente evidencia y sustento material que ha demostrado que **LAS INFRACCIONES DE ALIANZA VIDA S.A. NO PUEDEN SER ENMENDADAS, SUBSANADAS O CORREGIDAS**, de donde se extrae que la ASFI debió haber calificado las infracciones dentro de esta categoría jurídica (Infracciones Insubsanables) por cuanto, reitero, los ilícitos administrativos **no pueden ser en la actualidad subsanados, corregidos o enmendados**.

Inclusive, es oportuno mencionar que la propia Resolución ASFI No. 085/2009 en el quinto párrafo de su pág. 19 ha señalado que '(...) **las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**' situación que confirma que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son **INSUBSANABLES**, pero que sin embargo no ha dado lugar que se imponga la sanción que corresponde a este tipo de infracciones que es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Bajo estas consideraciones, la errónea calificación legal de las infracciones a la que arribó la ASFI desembocó en que se impusiera a la Entidad Aseguradora **una sanción que no corresponde a la naturaleza correcta y acertada de dichas infracciones por cuanto ante la comisión de infracciones insubsanables solo queda la posibilidad legal de sancionarse con la revocatoria de la autorización de funcionamiento** y la consiguiente intervención para liquidación conforme al Art. 48, literal a), de la Ley de Seguros.

En consecuencia, queda demostrado y corroborado que las conductas infractoras de Alianza Vida S.A. **SE ADECUAN PERFECTAMENTE** en las previsiones del Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que se refiere a las **'INFRACCIONES INSUBSANABLES'** donde se manifiesta que: 'Corresponderán al incumplimiento, **NO ENMENDABLE O SUBSANABLE** de las normas legales como resultado de culpa o **DOLO IMPUTABLE A LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LA ENTIDAD Y QUE CAUSEN** daño económico **O PERJUICIO** a la misma **O A LOS ASEGURADOS**, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros', al haberse establecido legalmente que el alcance de las infracciones en las que incurrió Alianza Vida S.A. **NO PUEDEN SER EN LA ACTUALIDAD SUSCEPTIBLES DE ENMIENDA, CORRECCIÓN, RECTIFICACIÓN O SUBSANACIÓN**.

Debe remarcar que la errónea aplicación de la Ley de Seguros parte también por un hecho por demás evidente cual es la declaración expresa que la ASFI realiza en el quinto párrafo de su pág. 19 de Resolución ASFI No. 085/2009 donde textualmente el órgano de supervisión indicó que '(...)

**las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**' empero, y a pesar de existir reconocimiento expreso de que las infracciones no se pueden corregir (lo que determina lo insubsanable), la ASFI persiste extrañamente en que las infracciones son 'graves' y no 'insubsanables'.

Del mismo modo, la ASFI incurre en vulneración de la Ley de Seguros cuando otorga aplicación preferente a diversos (sic) Reglamento de Sanciones de Sector de Seguros para sustentar como "graves" los ilícitos cometidos por la Entidad Aseguradora, **A SABIENDAS** de que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **SON INSUBSANABLES** y sobrepasando el contenido de una Ley de la República **EN VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA.**

## **2) VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR APLICACIÓN INDEBIDA Y ERRÓNEA DEL PRINCIPIO DE DISCRECIONALIDAD**

De la lectura del Sexto 'Considerando' de la Resolución ASFI No. 085/2009, confirmada por Resolución ASFI No. 312/2009, se puede observar que la ASFI, al intentar equivocadamente sustentar y mantener las infracciones y la sanción impuesta contra Alianza Vida S.A. dentro de la categoría de 'graves', hace alusión a los principios de legalidad y de discrecionalidad estableciéndose contradicciones en el empleo de ambos principios conforme se tiene continuación:

**SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA POTESTAD REGLADA.** El principio de legalidad apunta a que toda la actividad de la Administración Pública se encuentre enmarcada en las determinaciones preestablecidas por la Ley, debiendo los órganos administrativos circunscribir sus actos al imperio de la legalidad para evitar la arbitrariedad. Bajo esa premisa, la Doctrina especializada en el Derecho Administrativo ha señalado lo siguiente:

- 'El Principio de Legalidad, quizá el principio más importante del derecho administrativo, **establece que las autoridades administrativas -y en general, el Estado como institución - deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho,** dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades. Esto implica, en primer lugar, que **la administración se sujeta, en especial, a la Ley,** entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto (Guzmán Napurí, Christian, 'La administración Pública y el Procedimiento Administrativo General', Editorial ARA EIRL, Perú, 2004)
- 'Tratándose de la función administrativa, entendemos por principio de legalidad **la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general,** y con el que le da fundamentación en especial. En este sentido, debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y/o particular el engranaje estatal; el segundo, sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria, a las normas y reglas que ella misma ha elaborado. Visto lo anterior, podemos concluir que **el ejercicio de la función administrativa está dominado, indiscutiblemente, por el principio de sometimiento de sus actos al ordenamiento jurídico, vigente y preestablecido** (Santofimio, Jaime Orlando, 'Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y Validez', Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México).
- 'El principio de legalidad asume vital importancia en el ámbito del Derecho Público, **provocando que las decisiones de las autoridades administrativas deban siempre estar conforme a la Ley.**' (Cretella Junio, José, 'Curso de Direito Administrativo', Rió de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1967)

Ahora bien, como parte del principio de legalidad se tiene la denominada **POTESTAD REGLADA** que en la Doctrina Administrativa ha sido desarrollada de la siguiente manera:

- 'El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto hecho legalmente definido de manera completa **y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno.** 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'. (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, 'Curso de Derecho Administrativo', Tomo I, Civitas Ediciones, Madrid, 2004)

- 'Cuando una norma jurídica **predetermina la conducta que el órgano administrativo debe observar**, se dice que su actividad es reglada. **En este caso el órgano no puede apartarse de lo que las normas le indican**. Aquí las normas fijan lo que deben hacer los órganos administrativos: dada una situación de hecho corresponde dictar tal acto administrativo'. (Dromi, Roberto, 'Derecho Administrativo', Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2004).
- 'La potestad reglada, como lo hemos venido sosteniendo, se presenta cuando estamos frente a una atribución legal. A la existencia de norma de competencia clara y específica, **debiendo el órgano y servidor estatal actuar en la forma específicamente enunciada en dichas disposiciones sin lugar a posibilidades de romper los marcos en ellas preceptuados para su ejecución**. La potestad reglada constituye la regla general del principio de legalidad en el Estado de derecho'. (Santofimio, Jaime Orlando, 'Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez', Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México).
- 'Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada (...) o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. **La Ley sustituye al criterio del órgano administrativo (...) en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto**. Su conducta en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; **no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión**; su actitud sólo puede ser una, aunque esa sea una realidad inconveniente. En este caso, la actividad administrativa está reglada: **el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión: el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la real de derecho**'. (Gordillo, Agustín, 'Tratado de Derecho Administrativo', Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003)

Concordante con lo anterior, es oportuno remitirse también a la **JURISPRUDENCIA** nacional e internacional acerca del principio de legalidad cuyos fallos establecieron lo siguiente:

- 'Que el principio de legalidad administrativa, **supone la total sumisión a las leyes vigentes de carácter general, de manera que se constituye en un verdadero límite a la**
- **discrecionalidad de los servidores públicos, quienes no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas**, dicho principio y todo el accionar de la Administración Pública, se delimita además en que los actos administrativos deben enmarcarse necesaria e ineludiblemente en el marco de las atribuciones que la ley confiere a los agentes del Estado. De lo precedentemente expuesto y sin efectuar mayores consideraciones, se concluye que las resoluciones impugnadas, al haber sido pronunciadas fuera del marco de las atribuciones señaladas en las normas legales analizadas, demuestran que la autoridad recurrida ha obrado con exceso, motivo por el que los actos administrativos contenidos en las resoluciones impugnadas no pueden ser validados en esta instancia jurisdiccional' (Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Contencioso Administrativo, Sentencia 170/2008 de 11 de junio).
- 'El principio de legalidad, en términos generales, puede concretarse en dos aspectos: el primero, que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y, el segundo, en la precisión que se emplee en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse. Aspecto éste de gran importancia, **pues con él se busca recortar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio del poder sancionatorio que le es propio**. Precisión que se predica no sólo de la descripción de la conducta, sino de la sanción misma' (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-564 de 2000)

- ' III. 1.1. El principio de legalidad en el ámbito administrativo, **implica el sometimiento de la Administración al derecho**, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, **las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho**, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso'; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que ' El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables' (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 1464/2004 de 13 de septiembre.
- 'Es principio reconocido en todo Estado de Derecho: 1º. Que **la Administración Pública actúa conforme a las facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico aplicable le otorga**; y 2º. Que el administrado puede ejercer y hacer valer sus derechos en los términos conferidos por la ley. **Lo anterior se traduce, en el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico ó 'principio de la legalidad'**, consagrado en el art. 86 de la Constitución que prescribe: 'El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes (...). Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley. Tal principio se erige entonces, como una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y al mismo tiempo en la más importante de las columnas sobre las que se asienta el derecho administrativo. Con base en el mismo, **la Administración queda sometida al ordenamiento jurídico. Siendo así constituye imperativo de primer orden la observancia del régimen legal por parte de todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones**. Tal paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, nos ayuda entonces a comprender, que el ejercicio del poder público conferido a la Administración, debe ser desempeñado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la ley. **No existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga absoluta libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente regladas en las normativas respectivas**'. (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia de 15 de Agosto de 2005).
- 'La potestad reglada es aquella mediante la cual la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la normaba de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que hade proceder; **y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva**. El contenido de la decisión que se derive del ejercicio de dicha potestad, **no puede configurarse libremente y su cumplimiento es obligatorio**. Se establece entonces una relación de subordinación, en la cual la Administración actúa en base a una norma permisiva y dentro de los límites que la misma establece. Configurándose así, como garantía de los administrados ante posibles arbitrariedades de la autoridad. De ahí, que todo acto administrativo que se derive del ejercicio de dicha potestad, carecerá de vida jurídica ante el incumplimiento de esos límites que restringen el libre el proceder de la Administración<sup>11</sup>. (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia de 15 de Agosto de 2005)

Del análisis de los fundamentos antes expuestos, considero que ha quedado absolutamente claro que tanto la doctrina especializada así como la jurisprudencia nacional e internacional son diáfanos al establecer que los órganos administrativos del Estado se encuentran sometidos en sus actos a la Ley para evitarse la desviación del poder y la toma de decisiones arbitrarias; situación que se encuentra materializada en la denominada **potestad reglada** la cual, como se ha observado, impide que la Administración Pública se desvíe del camino claro y concreto que la Ley ha establecido, es decir, que **el órgano administrativo no puede apartarse de aquello que las**

**normas jurídicas le indican.** Por ello, bajo la potestad reglada, la actividad administrativa se encuentra **predeterminada** en la Ley **donde no se confiere facultad alguna a la Administración de elegir entre más de una decisión.**

#### **SOBRE EL PRINCIPIO DE DISCRECIONALIDAD Y SUS LÍMITES.**

La discrecionalidad administrativa es una potestad restringida que se confiere a la Administración Pública para elegir entre varias opciones o posibilidades que la ley establece, alguna alternativa legalmente prevista, **situación que se torna inaplicable si la Ley ha establecido de manera previa qué tipo de conducta debe asumir el órgano administrativo en determinada circunstancia.** Así debe tomarse en cuenta que la discrecionalidad de la Administración **no es absoluta** y siempre encuentra límites en la propia Ley por cuanto las actividades de los órganos estatales se encuentran sometidas primordialmente al principio de legalidad.

En ese sentido, la Doctrina del Derecho Administrativo enseña lo siguiente:

- 'La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos **no incluidos en la ley** y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, 'Curso de Derecho Administrativo', Tomo I, Civitas Ediciones, Madrid, 2004).
- 'Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales **cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir** entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera'. (Linares, Juan Francisco, 'Poder Discrecional Administrativo', Buenos Aires, 1958; Fiorini, Bartolomé, "La Discrecionalidad en la Administración Pública", Buenos Aires 1948).
- ' (...) en la potestad discrecional, la Administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad que tiene para obrar, puede considerar hechos pasados y consecuencias futuras; sin que esto signifique una libertad total de arbitrio y de alejamiento de cualquier regla de Derecho, **pues la autoridad administrativa debe observar siempre los elementos formales del acto administrativo**'. (Brewer Carías, Allan. 1997. El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativa. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.)

Ahora, sobre la discrecionalidad **Y SUS LÍMITES**, la Jurisprudencia nacional e internacional ha expresado un criterio uniforme señalándose lo siguiente:

- '**III.1.3. Principio de los límites a la discrecionalidad.** La discrecionalidad **se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada.** En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas (...), según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que 'La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento' (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 1464/2004 de 13 de septiembre).
- 'La potestad discrecional y la reglada, son facultades antagónicas, la primera de las mencionadas puede definirse como la libre decisión sin, sujeción a norma alguna del órgano que la disfruta, **sin embargo la reglada, constituye un acto de ejecución de la Ley, lo que quiere decir que el órgano que decide tiene que ajustarse a lo que la legislación vigente sobre la materia está establecido**' (Sentencia No. 558 de 24 de abril del 2001, dictada por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de Cuba)

Analizando los fundamentos antes señalados, puede advertirse claramente que si bien los órganos administrativos tienen la posibilidad de ejercer su poder discrecional, **no debe perderse de vista que dicha discrecionalidad en la toma de decisiones únicamente puede presentarse cuando la Ley le confiere a la Administración Pública una serie de posibilidades para actuar** puesto que, caso contrario la decisión de la Autoridad no solo será ilegal sino también arbitraria.

#### **ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.**

Con la abundante explicación doctrinal y jurisprudencial antes desarrollada, ingresando en el análisis del caso concreto se puede evidenciar que la ASFI en el Sexto 'Considerando' de la Resolución No. 085/2009, confirmada por Resolución ASFI No. 312/2009, ingresa a mencionar ciertos parámetros (erróneos) acerca de los principios de legalidad y de discrecionalidad; es más, la señalada Resolución ASFI No. 312/2009 en su veinteaño 'Considerando', sin pronunciarse motivadamente acerca de los fundamentos antes expuestos que fueran alegados en mi Recurso de Revocatoria, solo atina a señalar escuetamente que '(...) la discrecionalidad que ejerce la Administración Pública dentro de un marco previamente reglado, excluye cualquier posibilidad de decisión arbitraria (...) ' declaración contraria a la actuación que tuvo la ASFI en este caso por cuanto **LA LEY DE SEGUROS**, (y no simples resoluciones administrativas o reglamentos de sanciones) debieron haber sido aplicadas a este caso puesto que **ha sido la Ley la que ha establecido el marco previamente reglado**'

Entonces, y al parecer, se pretende utilizar la 'discrecionalidad administrativa' para pretenderse encajar las conductas infractoras de Alianza Vida S.A. dentro de la categoría de 'graves'; situación equivocada por lo siguiente:

- a) Siguiendo los cargos que han sido imputados y comprobados contra Alianza Vida S.A., ha quedado claro que las infracciones administrativas cometidas por esta Entidad Aseguradora **NO PUEDEN SER ENMENDADAS, CORREGIDAS O SUBSANADAS**. Para ello solo basta preguntar a la ASFI si será posible que Alianza Vida S.A. en la actualidad pueda enmendar el hecho de no haber entregado el certificado de cobertura **a mi fallecida esposa?; pues obviamente que no!!**, al igual que ya no se puede en la actualidad enmendar o subsanar el hecho de haberse comercializado la Póliza No. 600055 con condicionados no registrados, salvo que se pudiera retroceder en el tiempo, situación que asumo es imposible.

Y así un número de hechos demostrados que determinan lo insubsanable de los ilícitos cometidos por Alianza Vida S.A.

- b) Como se tiene anotado en el punto 1) del presente memorial el Art. 52 de la Ley de Seguros es lo suficientemente clara al expresar los tipos de infracciones y las sanciones correspondientes para cada caso, pudiendo comprobarse que cuando la comisión de dichas infracciones **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE, COMO EN EL PRESENTE TEMA, LA ÚNICA SANCIÓN QUE ESTABLECE LA LEY ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MAS**, no existiendo posibilidad alguna de elegir la sanción en las infracciones insubsanables porque la Ley no otorga a la ASFI esa posibilidad.

Nótese, además, que la propia Resolución ASFI No. 085/2009 en el quinto párrafo de su pág. 19 ha establecido que '(...) **las infracciones cometidos son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo** (...) ' situación que confirma que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son **INSUBSANABLES**.

- c) Bajo estricta observancia del principio de legalidad administrativa, el Art. 52 de la Ley de Seguros es por demás claro al mencionar que **CUANDO SE PRESENTAN INFRACCIONES INSUBSANABLES LA SANCIÓN APLICABLE ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS**, no existiendo para este tipo de infracciones insubsanables la imposición de otro tipo de sanciones.
- d) El principio de discrecionalidad sólo sería aplicable si el Art. 52 de la Ley de Seguros **EN LO REFERENTE A LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES** diera a elegir a la Autoridad entre imponer una multa y/o suspensión o disponer la revocatoria de la autorización de funcionamiento. Sin embargo **LA LEY DE SEGUROS NO LE HA OTORGADO ESE MARGEN DE ELECCIÓN A LA ASFI POR CUANTO LA ÚNICA SANCIÓN PARA INFRACCIONES INSUBSANABLES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y**

**NADA MÁS.** En consecuencia, la ASFI aplica equivocadamente la discrecionalidad y vulnera el principio de legalidad al no dar cumplimiento estricto a la calificación de la infracción como insubsanable y a la imposición de la sanción para este tipo infraccional que es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

- e) La referida Resolución ASFI No. 312/2009 en su veinteavo 'Considerando', sin pronunciarse motivadamente acerca de los fundamentos antes expuestos que fueran alegados en mi Recurso de Revocatoria, para ratificar el contenido de la Resolución ASFI No. 085/2009 solo atina a señalar lacónicamente que: '(...) la discrecionalidad que ejerce lo Administración Público dentro de un marco previamente reglado, excluye cualquier posibilidad de decisión arbitraria (...)’ declaración contraria a la actuación que tuvo la ASFI en este caso por cuanto la Ley de Seguros, (y no simples resoluciones administrativas o reglamentos de sanciones) debieron haber sido aplicadas a este caso por cuanto ha sido la Ley la que ha establecido el marco previamente reglado"
- f) Finalmente, considero oportuno reiterar (como expresara en mi Recurso de Revocatoria y para que el órgano jerárquico tenga conocimiento) que llama mucho la atención el aforismo utilizado por la ASFI en la Resolución No. 085/2009, (confirmada por Resolución ASFI No. 312/2009); denominado 'restringir lo odioso y 'aplicar' lo 'favorable', toda vez que no imagino que exista nada 'odioso' que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. haya obrado de manera ilícita **POR MUCHOS AÑOS A LA VISTA Y PACIENCIA DE LOS ÓRGANOS REGULADORES DE TURNO.** No encuentro nada 'odioso' que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. nunca emitió, entregó ni registró Certificados de Cobertura ocasionando perjuicio a mi persona y mi señora esposa fallecida como asegurados. No encuentro nada 'odioso' que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. comercializó condicionados de la Póliza No. 600055 de manera ilegal al no haber estado los mismos registrados en la SPVS. No encuentro nada "odioso" que deba ser 'restringido' en el hecho de que Alianza Vida S.A. haya operado con un reasegurador no registrado en la SPVS; y así sucesivamente.

Y en cuanto al término 'aplicar lo favorable', más pareciera que lo único favorable que se ha 'aplicado' por la ASFI es la sanción errónea impuesta a Alianza Vida S.A. la cual en pocas palabras ha sido favorecida con una decisión 'favorable' (valga la redundancia) al no haberse aplicado el castigo que la Ley determina.

En ese contexto, resulta ser inaplicable el precepto jurídico antes señalado habida cuenta que, como se ha explicado, las conductas infractoras de Alianza Vida S.A. se han configurado en una burla manifiesta a los órganos de regulación de Estado y a las propias normas jurídicas administrativas por ellos emitidas; con el añadido de que ningún aforismo puede estar por encima de la Ley.

### **3) VIOLACIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE TIPICIDAD**

La Resolución ASFI No. 085/2009, (confirmada por Resolución ASFI N° 312/2009), en su Séptimo 'Considerando' hace mención a los principios de proporcionalidad y de tipicidad para tratarse de justificar la calificación de las infracciones de Alianza Vida S.A. y la posterior aplicación de la sanción. Por su parte, la Resolución ASFI No. 312/2009, sin fundamentar suposición ni analizar el caso en concreto y sin responder a los agravios acusados en mi Recurso de Revocatoria, solo atinó a indicar escuetamente que 'el establecimiento de sanciones por parte del órgano regulador debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad y de tipicidad'; alusión genérica que carece de nexo de causalidad por cuanto la ASFI en ningún momento llega a explicar en qué medida aplicó correctamente esos principios y no se pronuncia tampoco acerca de la violación a los principios de tipicidad y proporcionalidad que acusé en el punto 3) de mi Recurso de Revocatoria.

Por tal motivo, me permito, nuevamente, demostrar a continuación la existencia de violación y errónea aplicación de dichos principios. **SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.** La Resolución ASFI No. 085/2009 se basa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre la misma que señala lo siguiente:

'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"

Si aplicamos correctamente el contenido jurisprudencial antesmencionado **AL CASO EN PARTICULAR**, se puede apreciar que inclusive así se encuentra comprobado que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son de naturaleza **INSUBSANABLE** y que la sanción aplicable debió ser la revocatoria de la autorización de funcionamiento por lo siguiente:

- Según el parámetro **a)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que los hechos deben encontrarse previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable. En el caso en particular, ha quedado por demás claro que los hechos, que se configuran en las conductas infractoras de Alianza Vida S.A., **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE AL NO EXISTIR POSIBILIDAD MATERIAL DE QUE PUEDA CORREGIRSE O ENMENDARSE LAS ACCIONES IRREGULARES QUE FUERON LLEVADAS A CABO POR ESTA ASEGURADORA**, extremos que efectivamente se encuentran calificados como **INFRACCIONES INSUBSANABLES** en el Art. 52 de la Ley de Seguros que constituye la norma aplicable.
- Según el parámetro **b)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado. En el caso en particular, y luego de siete (7) años de negárseme la investigación de mis denuncias, se llega a emitir la Resolución ASFI No. 085/2009 la cual, según se tiene de su Cuarto 'Considerando', **HA PROBADO Y DEMOSTRADO PLENAMENTE** la comisión de las infracciones por parte de Alianza Vida S.A.
- Según el parámetro **c)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina 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.

En el caso en particular, la ASFI incumple con este parámetro de proporcionalidad toda vez que **AL ENCONTRARSE DEMOSTRADO Y COMPROBADO** que Alianza Vida S.A. ha incurrido en infracciones **INSUBSANABLES** las cuales no se pueden corregir ni enmendar en el tiempo (hechos imputados), **OMITE ESTABLECER LA SANCIÓN ÚNICA Y LEGALMENTE APLICABLE QUE CORRESPONDE A ESTOS HECHOS** (responsabilidad exigida) que consiste en la revocatoria de la autorización de funcionamiento de acuerdo al Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que corresponde a las Infracciones Insubsanables.

- Además, para ratificar el incumplimiento de la ASFI a los preceptos y criterios antes señalados, la propia Resolución ASFI No. 085/2009 en el quinto párrafo de su pág. 19 ha señalado que '**(...) las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**' situación que confirma que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son **INSUBSANABLES**.

Asimismo, y a mayor abundamiento, si acudimos a la Jurisprudencia Comparada, tenemos que la **Corte Constitucional de Colombia** mediante Sentencia C-591/93, al hacer referencia al principio de proporcionalidad ha sostenido lo siguiente:

'La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. **En esa tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley (...)**. El juicio de proporcionalidad - **que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley** - 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'.

Utilizando este criterio jurisprudencial, se acredita nuevamente el error en el cual ha incurrido la ASFI al intentar aplicar el principio de proporcionalidad para imponer una sanción benevolente contra la Entidad Aseguradora, por cuanto es por demás claro que la Autoridad que aplica una sanción **SE ENCUENTRA OBLIGADA A IMPONER LA PENA CONSAGRADA EN LA LEY** de acuerdo al comportamiento del infractor, lo cual trasladado al presente caso deriva en que al ser **INFRACCIONES INSUBSANABLES** las que fueran cometidas por Alianza Vida S.A. **LA SIMETRÍA CORRECTA DE LA SANCIÓN ES UNA SOLA: LA REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO CONFORME ESTABLECE EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS**; no quedando posibilidad de desviarse del sentido estricto que la Ley ha diseñado en cuanto a las sanciones por la comisión de infracciones insubsanables. Precisamente por ello, la Doctrina Administrativa ha entendido que el principio de proporcionalidad debe ser concebido 'como una eficaz herramienta en la lucha **contra la discrecionalidad de la Administración y contra su poder soberano para decidir la sanción fuera de los parámetros de la Ley**' (Quirós Lobo, José Mario, 'Principios del Derecho Sancionador', Editorial Comares, España, 1996)

Por ello, la propia Ley de Procedimiento Administrativo en su Art. 75 indica sin lugar a equivocaciones que 'El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas **no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas**': precepto legal que, aplicado también a este tema, deriva en que la ASFI con la equivocada sanción impuesta contra Alianza Vida S.A. no hace más que 'beneficiar' a esta compañía **POR ENCIMA DE VERIFICAR QUE LAS NORMAS INCUMPLIDAS NI SIQUERA A LA FECHA PUEDEN SER CUMPLIDAS POR SER INSUBSANABLES**, lo que agrava inclusive la condición de Alianza Vida S.A.

En consecuencia, resulta evidente que **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD NO ES UNA HERRAMIENTA PARA DISMINUIR SANCIONES O IMPONER AQUELLAS QUE MEJOR LE PAREZCAN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SINO PARA DETERMINARLAS DE ACUERDO A LA LEY**, lo cual en este caso, se traduce en que se tiene abundantemente expresado y corroborado que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **SON INSUBSANABLES** aspecto que, inclusive bajo el principio de proporcionalidad, da lugar a que se aplique la sanción correspondiente (para la categoría de infracciones insubsanables) cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

**SOBRE EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.** Es importante en este punto remitirnos a la Jurisprudencia Administrativa y propiamente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto la cual señaló lo siguiente:

'(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (**praeceptum 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'.

Bajo los parámetros anteriores, puede establecerse que el **praeceptum Legis** se encuentra conformado por las normas legales y administrativas que han sido infringidas por Alianza Vida, configurándose la conducta de esta compañía como **INSUBSANABLE. POR CUANTO, LAS VIOLACIONES NORMATIVAS EN LAS QUE HA INCURRIDO LA ASEGURADORA NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD.** Por su parte la **sanctio legis**, correspondiente a las infracciones **INSUBSANABLES** se halla ubicada en el Art. 52 de la Ley de Seguros que determina que la única sanción posible para la comisión de infracciones insubsanables es la **REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

Así, la ASFI incurre en una violación del principio de tipicidad, por cuanto **ES POR DEMÁS CONTUNDENTE QUE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR ALIANZA VIDA S.A. SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE. NO CORREGIBLE NI ENMENDABLE Y EN ESE CASO LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE PARA ESTE**

**TIPO DE INFRACCIONES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.** (Art. 52 de la Ley de Seguros)

Por tal motivo, es contradictorio que la ASFI **A SABIENDAS** de que las infracciones de Alianza Vida S.A. son insubsanables en el tiempo, pretenda utilizar normas relativas a las 'infracciones graves' **Y MÁS AUN SE APLIQUEN REGLAMENTOS DE SANCIONES DEL SECTOR SEGUROS QUE SON SIMPLES RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, DEJÁNDOSE DE LADO LA OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN PREFERENTE DE LA LEY DE SEGUROS** bajo el principio constitucional de jerarquía normativa.

Es más, resulta ser todavía más contradictorio que la ASFI en la Resolución No. 085/2009 (quinto párrafo de su pág. 19) hubiera señalado que ' (...) **las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**' situación que confirmó que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son **INSUBSANABLES; Y A PESAR DE ELLO, ANTIJURÍDICAMENTE, SE CALIFIQUEN LAS INFRACCIONES COMO 'GRAVES'** y se impusiera con ese equivocado parámetro (infracción grave) una sanción absolutamente errónea.

#### **4) VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA**

**'La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía (...): 1.- Constitución Política del Estado. 2.- Los tratados internacionales. 3.-Las leyes nacionales(...). 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes'**

Siguiendo lo establecido en la Sentencia Constitucional 075/2006 de 05 de septiembre: 'El principio de supremacía de la Constitución Política del Estado supone la concurrencia del **principio de la jerarquía normativa**, pues la supremacía constitucional, supone gradación jerárquica del orden jurídico derivado que se escalona en planos descendentes. **Los más altos subordinan a los inferiores**, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución Política del Estado. El principio de jerarquía normativa consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima la ocupa la Constitución como principio, origen y fundamento de las demás normas jurídicas. Este principio **implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización**, de conformidad con la cual, una norma situado en rango inferior no puede oponerse o otro de superior rango. Ello, o su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se halla lo Constitución Política del Estado'.

En el mismo sentido, la Sentencia Constitucional 022/2006 de 18 de abril especificó que: '(...) por tanto, **un precepto vulnera su contenido** cuando pretende en forma expresa suplantar dichos principios de uno de las siguientes formas: i) disponer lo aplicación de una ley u otra norma de inferior jerarquía con preferencia a la Constitución Política del Estado; y ii) **que una norma inferior sea aplicada en detrimento de una de rango superior, así; que un decreto determine su aplicación con predilección a una ley, y sucesivamente'**

Con la explicación antes desarrollada, se pasa a demostrar la violación al principio de jerarquía normativa en la que ha incurrido la ASFI:

- Inicialmente, la Resolución ASFI No. 085/2009, apartándose de la Constitución Política del Estado, dio aplicación preferente al Reglamento de Sanciones del Sector Seguros (Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003) inobservado que en este caso la aplicación predominante para la calificación de infracciones e imposición de sanciones se encuentra contenida **EN EL ART 52 DE LA LEY DE SEGUROS** norma que es privilegiada en cuanto a su empleo **AL ENCONTRARSE POR ENCIMA DE UNA SIMPLE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA** que se encuentra al final del orden jurídico escalonado previsto por nuestra Norma Fundamental.
- Posteriormente, la Resolución ASFI No. 312/2009 incurre nuevamente en la misma violación expresa a la Constitución Política del Estado cuando, al pretender revisar la normativa que sustentaría las infracciones y sanciones de naturaleza 'grave' - según la ASFI -, se utilizan los Reglamentos de Sanciones aprobados por Resoluciones Administrativas 01/93, 215/2001 y 602/2003, los cuales se encuentran por debajo de la **LEY DE SEGUROS**.



- Ahora bien, el nexo de causalidad en cuanto a la violación del principio de jerarquía normativa se presenta a partir de que todas y cada una de las infracciones que han sido imputadas contra Alianza Vida S.A. **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE**, situación que ha sido, inclusive, ratificada por la ASFI en la Resolución ASFI No. 085/2009 (quinto párrafo de su pág. 19) donde señaló que '(...) **las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**'. En ese sentido, el órgano de supervisión **A SABIENDAS** de la configuración **INSUBSANABLE** de las infracciones cometidas en lugar de aplicar el Art. 52 de la Ley de Seguros en lo relativo a las '**INFRACCIONES INSUBSANABLES**', se dedica a utilizar normas infra legales para persistir con el desacertado criterio de sostener, a toda costa y sin fundamentos jurídicos, que las infracciones son de naturaleza 'grave' cuando en los hechos, y por lo ampliamente explicado, se ha demostrado de manera incontrovertible que las infracciones en las que ha incurrido Alianza Vida S.A. son **INSUBSANABLES** lo cual, de acuerdo a la **LEY DE SEGUROS**, debió dar lugar a que se aplique la sanción de **REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO** de esta compañía.

#### **5) RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA ASFI ACERCA DE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

En este punto, es de suma importancia mencionar que la ASFI ingresa en una actitud por demás **EXTRAÑA E INEXPLICABLE** por cuanto, sin asidero jurídico alguno ha calificado las infracciones de Alianza Vida S.A. como si se trataran de 'graves' y por ende se impuso una sanción benevolente efectuándose una errada aplicación y violación a la Ley de Seguros, así como infracción categórica a los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad y jerarquía normativa; **y sin embargo, de la simple lectura del quinto párrafo, pág. 19, de la Resolución ASFI No. 085/2009**, se puede apreciar que el órgano de supervisión estableció que '(...) **las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**'.

En efecto, en el punto **1)** del presente escrito se ha explicado que (de acuerdo a la Ley de Seguros) para la calificación de una infracción como 'grave' debe existir la posibilidad de que dichas infracciones sean 'enmendables o subsanables' lo cual no se ha identificado en el presentecaso por cuanto **LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR ALIANZA VIDA S.A. SON INSUBSANABLES Y ASÍ, EFECTIVA Y TAXATIVAMENTE, LO ENTENDIÓ LA ASFI CUANDO EN EL QUINTO PÁRRAFO, PÁG. 19, DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 085/2009 EXPRESÓ QUE '(...) LAS INFRACCIONES COMETIDAS SON FALTAS QUE NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO (...)' Y NO OBSTANTE DE ESTE RECONOCIMIENTO, NO SE ADECUARON CORRECTAMENTE LAS INFRACCIONES COMO INSUBSANABLES Y PEOR AÚN NO SE IMPUSO LA SANCIÓN CORRECTA CUAL ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO DE ALIANZA VIDA S.A.**

Entonces, y como la Autoridad Jerárquica podrá apreciar, es impreciso e irreal que la ASFI califique las infracciones de Alianza Vida S.A. en la categoría de 'graves' **CUANDO LA MISMA ASFI HA DETERMINADO QUE DICHAS INFRACCIONES 'NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO'** lo cual jurídicamente, comprueba que las conductas infractoras de la Entidad Aseguradora se encuentran inmersas en la previsión del Art. 52 de la Ley de Seguros **EN LA PARTE QUE SE REFIERE A LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES**, aspecto con el cual se ratifica la violación expresa la Ley de Seguros y el claro desconocimiento a los principios de tipicidad y legalidad en los que ha incursionado el órgano de supervisión.

#### **6) SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

Lapalabra **INSUBSANABLE** significa todo aquello que no puede repararse o enmendarse y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros.

A lo largo del presente escrito y durante todo el procedimiento sancionatorio, mi persona ha demostrado sin lugar a equivocaciones ni subjetivismos, que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **SON INSUBSANABLES** por cuanto las mismas no pueden ser corregidas en la actualidad y mucho menos enmendadas o subsanadas.

Sin embargo, fuera de la legalidad, la ASFI en la Resolución No. 141/2009 (complementaria a la Resolución 058/2009) señala una vez más que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. serían de naturaleza 'grave'.

**EMPERO PARA QUE DICHO ARGUMENTO SEA CONVINCENTE Y RESPETE EL DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA, EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS, PUES LA ASFI DEBIÓ SEÑALAR DE MANERA**

**FUNDAMENTADA CÓMO ES POSIBLE QUE ALIANZA VIDA S.A. PUEDA ENMENDAR O CORREGIR LOS CARGOS 1 AL 7. SITUACIÓN QUE NO HA SIDO IDENTIFICADA Y SOBRE LO CUAL REQUIERO AL SUPERIOR JERÁRQUICO QUE SE EMITA UN PRONUNCIAMIENTO EXPRESO**, por cuanto de no obrarse así la determinación asumida por la Autoridad Administrativa para imponer una sanción errónea sería arbitraria.

Además, tampoco puede quedar al margen la confesión y reconocimiento expreso que la ASFI realizó en **EL QUINTO PÁRRAFO. PÁG. 19, DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 085/2009 CUANDO DISPUSO QUE '(...) LAS INFRACCIONES COMETIDAS SON FALTAS QUE NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANCURSO DEL TIEMPO (...)'. Y NO OBSTANTE DE ESTE RECONOCIMIENTO NO SE ADECUARON CORRECTAMENTE LAS INFRACCIONES COMO INSUBSANABLES Y PEOR AUN NO SE IMPUSO LA SANCIÓN CORRECTA CUAL ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO** de Alianza Vida S.A.

Precisamente por ello, mi persona formuló Aclaración, Complementación y Enmienda a la Resolución ASFI No. 085/2009, **PARA QUE SE ME EXPLIQUE COMO SE PODÍAN SUBSANAR LAS INFRACCIONES DE ALIANZA VIDA S.A.**, extremo que fue 'respondido' por la Resolución ASFI No. 141/2009 de forma inmotivada **Y QUE NUNCA AMERITÓ PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 312/2009**; no siendo cierto que la Resolución ASFI No. 085/2009 se encuentre 'clara' **porque de ser así la ASFI explicaría como se pueden subsanar o enmendar las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A.** para que las mismas puedan ser catalogadas como 'graves' y no como insubsanables.

Lamentablemente, reitero, y al igual que en los demás puntos impugnados, la Resolución ASFI No. 312/2009 tampoco ha expresado criterio jurídico alguno al respecto.

## **7) CONCLUSIONES**

En virtud a lo precedentemente desarrollado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 7.1) Antes de iniciar la fase de mis conclusiones, considero importante nuevamente el reflexionar acerca de un aspecto que no requiere llenar páginas con criterios o posiciones doctrinales o jurisprudenciales y es el hecho comprobado de que las infracciones de Alianza Vida S.A. **NO PUEDEN SER ACTUALMENTE ENMENDADAS NI CORREGIDAS** ni existe la posibilidad de retroceder en el tiempo para que pudiera enmendarse la serie de incumplimientos y faltas de la Entidad Aseguradora.
- 7.2) La Ley de Seguros es demasiado clara y taxativa cuando establece en su Art. 52 las diferencias entre infracciones 'graves' e infracciones '**INSUBSANABLES**', siendo que para la configuración de las infracciones 'graves' las vulneraciones cometidas deben tener la posibilidad de 'enmendarse o subsanarse' aspecto que no se presenta en las infracciones 'insubsanables' **LAS CUALES NO TIENEN POSIBILIDAD DE CORRECCIÓN O ENMIENDA.**
- 7.3) Los cargos 1 al 7 que fueran imputados contra Alianza Vida S.A. y demostrados en la Resolución ASFI No. 085/2009, **NO TIENEN POSIBILIDAD DE SER ENMENDADOS O SUBSANADOS EN LA ACTUALIDAD POR CUANTO NINGUNA ACCIÓN QUE ASUMIERA LA ENTIDAD ASEGURADORA PODRÍA RETROTRAER EL TIEMPO Y CORREGIRSE LAS FALTAS E ILEGALIDADES COMETIDAS.** Entonces, claramente nos encontramos frente a la comisión de infracciones insubsanables
- 7.4) La ASFI HA **RECONOCIDO** expresamente que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son de naturaleza **INSUBSANABLE** cuando en el quinto párrafo de su pág. 19 ha señalado que '**(...) las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...) situación que reafirma que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son INSUBSANABLES, pero que, sin embargo, y extrañamente NO HA DADO LUGAR QUE SE IMPONGA LA SANCIÓN QUE CORRESPONDE A ESTE TIPO DE INFRACCIONES QUE ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**
- 7.5) Es cierto que la Administración Pública tiene entre sus prerrogativas la posibilidad de ejercer su potestad discrecional, **PERO NO DEBE PERDERSE DE VISTA QUE DICHA POTESTAD NO PUEDE JAMÁS VIOLENTAR EL MARCO DE LA LEY.** La ASFI podría tener en este caso potestad discrecional para 'elegir o escoger' la sanción que le parezca más conveniente siempre y cuando no existiera norma jurídica o disposición legal o si la misma le otorgara varias posibilidades. Empero, se ha logrado demostrar que la Ley (principio de legalidad) **NO CONFIERE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 'ALTERNATIVAS O ABANICOS DE POSIBILIDADES' A TIEMPO DE IMPONER SANCIONES POR INFRACCIONES INSUBSANABLES PUESTO QUE EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS ESTABLECE QUE ANTE LA**

**COMISIÓN DE INFRACCIONES INSUBSANABLES SOLO PROCEDE LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS;** donde no existe ninguna posibilidad de elección para que se utilice la discrecionalidad administrativa. Más aun si la propia ASFI ha declarado que **LAS INFRACCIONES COMETIDAS SON FALTAS QUE NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANCURSO DEL TIEMPO** (ver quinto párrafo, pág. 19 de la Resolución ASFI No. 085/2009)

- 7.6) En cuanto al principio de proporcionalidad, se ha demostrado que el alcance que se le dio al mismo es incorrecto toda vez que **DICHO PRINCIPIO NO HA SIDO CREADO NI ESTABLECIDO EN LA DOCTRINA NI EN LA JURISPRUDENCIA COMO UNA FORMA DISCRECIONAL DE DISMINUIR O AMINORAR LAS SANCIONES, MÁS POR EL CONTRARIO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD APUNTA A QUE UNA INFRACCIÓN TENGA LA SANCIÓN CORRECTA QUE LA LEY ESTABLECE.** En este caso, los hechos cometidos por Alianza Vida S.A. ingresan dentro del catálogo de infracciones **INSUBSANABLES** por lo que corresponde aplicar la sanción proporcional a este tipo de infracciones que consiste en la **REVOCATORIA DE LA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO.**
- 7.7) Respecto a la tipicidad, se tiene demostrado que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE AL NO EXISTIR POSIBILIDAD O MEDIO ALGUNO DE QUE EN LA ACTUALIDAD SE PUEDA ENMENDAR O CORREGIR LAS VIOLACIONES NORMATIVAS EN LAS QUE SE HA INCURRIDO,** lo cual significa que dichas infracciones están calificadas como insubsanables; y por otra parte, ante la evidencia de lo anterior, la **SANCIÓN** consagrada en la Ley es simple y llanamente **LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**
- 7.8) Se ha configurado una manifiesta violación al Art. 410, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado y al principio de jerarquía normativa por cuanto la ASFI, **A SABIENDAS DE QUE LAS INFRACCIONES DE ALIANZA VIDA S.A. SON INSUBSANABLES,** utiliza simples Reglamentos de Sanciones (Resoluciones Administrativas) por encima de la Ley de Seguros, con el único afán de persistirse, sin razón alguna, en que las infracciones son de naturaleza 'grave' aspecto que ha sido desvirtuado plenamente.
- 7.9) La ASFI no ha emitido fundamento alguno que demuestre que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son de naturaleza 'grave' es decir (supuestamente) 'subsanales', situación que considero de vital importancia porque solo así podría sustentarse conforme a derecho la errada imposición de la sanción que no condice con los hechos y conductas llevadas adelante por la Entidad Aseguradora.
- 7.10) Debe tomar en cuenta el órgano jerárquico que la estabilidad del mercado de seguros no parte por mantener a toda costa operando a las Entidades Aseguradoras, sino que nace a partir del concepto internacionalmente reconocido de mantener un mercado sano, honesto, ético y con entidades que obren de buena fe bajo las reglas impuestas por el Estado

El precedente sentado por la ASFI de sancionar de manera benevolente a Alianza Vida S.A. y apartarse del mandato taxativo de la Ley a pesar de haberse comprobado semejantes violaciones normativas, es negativo y nefasto para el sector, el mercado y la propia imagen de nuestras entidades públicas por cuanto a futuro cualquier empresa aseguradora podrá entender que pueden violar la Ley y las disposiciones reglamentarias administrativas e inclusive llegar a la comisión de infracciones groseras e insubsanables con la plena seguridad de que su sanción será aminorada porque 'en un caso similar se actuó de esa manera'. Esto solo dañará al sistema y no le hará ningún bien a los usuarios quienes al final de cuentas merecemos la protección jurídica del Estado. Considero que si un órgano de regulación o supervisión se respeta a sí mismo, debe cumplir con la Ley y no tolerar este tipo de atropellos y actos ilegales como los que han sido cometidos por Alianza Vida S.A.

## **8) PETITORIO**

Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, en aplicación de los Arts. 36, literal b), 37, 38, 52, 53, 55 y 59 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad remitir el expediente administrativo ante al órgano superior jerárquico el mismo que, efectuando una correcta compulsu y valoración de antecedentes, se servirá emitir Resolución Jerárquica expresa por medio de la cual, **pronunciándose en el fondo de la controversia, SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI No. 312/2009 así como la Resolución ASFI No. 085/2009 rectificada por Resolución ASFI No. 101/2009 y complementada por Resolución

ASFI No. 141/2009; y en su mérito **SE IMPONGA A ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A. LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO O EN SU DEFECTO LA INTERVENCIÓN PARA LIQUIDACIÓN** al encontrarse comprobadas las infracciones **INSUBSANABLES** en las que ha incurrido la Entidad Aseguradora.

**OTROSÍ 1º.** Solicito se considere que el presente Recurso Jerárquico se presenta **ÚNICAMENTE** en contra de la **INCORRECTA CALIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES** (como si fueran 'graves' cuando en realidad son 'insubsanables') y de la errónea **SANCIÓN** que se impuso contra Alianza Vida S.A.; debiendo mantenerse los demás aspectos relativos a la ratificación de los cargos imputados contra Alianza Vida S.A. (...)"

## **5.2. MEMORIAL PRESENTADO POR ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A..-**

Mediante memorial presentado el 26 de octubre de 2009, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 312 de fecha 06 de octubre de 2009, argumentando lo siguiente:

*'...Habiendo sido notificados con la Resolución ASFI N° 312 de fecha 06 de Octubre de 2009, mediante la cual su autoridad **CONFIRMA** la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de 2009, dentro del término previsto en el párrafo II del Artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en nombre y representación de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, interponemos **RECURSO JERÁRQUICO** contra la Resolución ASFI N° 312 de fecha 06 de Octubre de 2009, conforme a la previsión contenida en los Arts. 66 Parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo concordante con el Art. 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, en base a las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:*

### **I. ANTECEDENTES**

**1.1.** Señor Director Ejecutivo, como es de vuestro conocimiento, en fecha 08 de septiembre del presente año, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** interpuso **Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto**, que nos sanciona con una multa de Bs. 260.397.- y con la prohibición de presentarse durante tres meses a licitaciones públicas, por supuestas infracciones graves a la normativa reglamentaria que regula el sector, por el supuesto incumplimiento del Art. 4 de la R.A. SPVS-IS N° 257/2000; el supuesto incumplimiento del Artículo 3 de la R.A. SPVS-IS N° 172/2001; el supuesto incumplimiento de los incisos i) y ii) del punto 1.2. de la R.A. SPVS N° 032/98; el supuesto incumplimiento del Artículo 8 de la R.A. SPVS-IS N° 321/99; el supuesto incumplimiento del Artículo 2 de la R.A. SPVS-IS N° 70/99; el supuesto incumplimiento del Reglamento de Sanciones contenido en la R.A. SPVS-IS N° 602/03, todos relacionados con la Ley N° 1883 de Seguros, tal situación dentro de un procedimiento sancionatorio plagado de ilegalidades, según lo denunciarnos y clamamos a esa entidad reguladora en nuestro recurso de revocatoria que cursa en obrados, en el que simplemente pedimos la correcta aplicación del procedimiento y el reglamento respectivo, resultando en consecuencia manifiesta ilegalidad, que afecta, lesiona, y causa perjuicio a los derechos e intereses de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

### **1.2. De la R.A. ASFI N° 312 de fecha 06 de Octubre de 2009.**

Obsérvese que la Resolución ASFI N° 312 de fecha 09 de Octubre del año en curso confirma la R.A. 085/09, en el CONSIDERANDO vigésimo, confiesan textualmente: **'Que el establecimiento de sanciones por parte del órgano regulador se somete a diversos principios. En este sentido al establecer una sanción, se debe tener en cuenta a) el principio de legalidad, b) el principio de tipicidad, c) ponderar adecuadamente la relación entre la sanción y la necesario(sic) para la**

**satisfacción de su contenido (principio de proporcionalidad)'; en consecuencia resulta claro que la base legal para imponer la sanción pecuniaria es la norma contenida en el Art. 52 de la Ley de Seguros (Ley N° 1883) que establece **los tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Determinando también las sanciones que deben aplicarse de acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias; y que la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar la sanción administrativa de multa a la comisión de infracciones leves.****

Señor Director Ejecutivo, en este sentido hacemos notar a su autoridad que fuera de la irregular sanción impuesta en el proceso sancionatorio denunciado líneas arriba, esa entidad reguladora está confesando y confirmando expresamente que no puede demostrar bajo ninguna circunstancia que la entidad a la (sic)represento habría cometido infracciones graves que conlleven consigo la imposición de una sanción por la suma de Bs. 260.397 (Doscientos Sesenta Mil Trescientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos).

### **III. FUNDAMENTACIÓN DE DERECHO**

Ahora bien, enfocándonos directamente en la Resolución ASFI N° 312/2009 de fecha 6 de octubre de 2009, notificada en fecha 12 de octubre del presente año, por la que por un lado CONFIRMA PARCIALMENTE la Resolución Administrativa N° 085/2009 de 11 de agosto de 2009 en cuanto a la aplicación del Reglamento Sancionatorio empleado para establecer las sanciones por los cargos 1 al 7 de la Resolución impugnada y por otro CONFIRMA la parte resolutive primera, ratificando la imposición de la sanción administrativa de multa en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por el importe de Bs. 260.937.- (Doscientos Sesenta Mil Novecientos Treinta y Siete 00/100 Bolivianos) y con la prohibición de presentarse durante tres meses a licitaciones públicas, al 'haberse comprobado la comisión de infracciones graves' a la normativa que regula el mercado de seguros; es necesario puntualizar lo siguiente:

#### **A. Del indebido y nulo proceso sancionatorio.-**

Note su autoridad que conforme a la normativa constitucional prevista en el art. 116 de la nueva Constitución Política del Estado, concordante con el texto de art. 16 de la abrogada Constitución Política de 1967, la ley rige para lo venidero excepto en materia penal y social; bajo ese entendimiento en nuestro Recurso de Revocatoria, afirmamos y sostuvimos que la **Ley N° 2341 vigente desde el 25 de julio de 2003, por expresa determinación de la Disposición Transitoria Segunda, no es aplicable a hechos anteriores**, como es el caso de autos, en los que las infracciones investigadas corresponden al período 2000 – 2001. Ahora bien, conforme a la normativa de seguros, estas tenían previsto un procedimiento especial, vigente al momento de la promulgación de la Ley N° 2341, Art. 53 de la Ley de Seguros (Ley N° 1883), que expresamente establece que los procedimientos aplicables en el sector seguros son los establecidos para el sistema de regulación financiera. Consecuentemente al no haberse observado la disposición transitoria segunda antes referida **el proceso sancionatorio objeto de la presente impugnación mantenemos nuestra posición que el mismo es nulo de pleno derecho** y no así como pretende la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero **subsanan la incorrecta aplicación de un Reglamento de Sanciones ante todo el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionatorio** invocando el principio de retroactividad, prohibido constitucionalmente en esta materia.

#### **B. De la errónea interpretación de la ley**

Haciendo una interpretación antojadiza y caprichosa de la Ley, se confirma parcialmente la resolución administrativa objeto de la presente impugnación, al respecto es menester precisar que (el) **Art. 79 de la Ley N° 2341** de Procedimiento Administrativo, señala de manera textual que:

**'Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año...'**

**El Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros**, aprobado mediante **Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003**, en su Artículo 4 establece que:

**' La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de la fecha de la realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.'**

Por su parte el **Decreto Supremo N° 25201 de 17 de octubre de 1998 en su Art. 24** establece que:

**' Las sanciones provenientes de hechos, actos u omisiones realizadas por entidades aseguradoras y personas sujetas a regulación serán reglamentadas mediante resolución específica emitida por la Superintendencia'**

Ahora bien, conforme a la normativa glosada y principios doctrinales es evidente que para determinar la **prescripción de la infracción** se debe computar el período de tiempo en que se debió cumplir la obligación que generó la infracción (llámese en el presente caso la no entrega del Certificado de Cobertura y otros). En el caso de autos, las infracciones hoy sancionadas se 'habrían producido' al momento de inicio de vigencia de la póliza de seguros y concluyeron a la finalización de la vigencia de la misma, a partir de ese momento debe computarse los dos (2) años. De la revisión de la Resolución Sancionatoria hoy impugnada, y al no precisarse estas fechas, se puede deducir que los datos contenidos en ella que la infracción prescribió el 31 de diciembre de 2003 y en consecuencia independientemente que el proceso sancionatorio se hubiese iniciado el 2005 no podía generar la imposición de sanciones de ningún género porque las infracciones ya habían prescrito, de tal manera que la prescripción alegada por mi representada se encuentra totalmente demostrada.

Este razonamiento no obstante encontrarse plasmado en la página 9 de la Resolución Administrativa N° 312/2009 ahora recurrida hace hincapié claramente a lo señalado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 76/2008 de 18 de diciembre de 2008 manifestando: '... En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público por virtud del cual el Estado cesa 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 defina su situación jurídica pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación ya que se violaría el derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan de manera que no se prolonguen indefinidamente'**; sin embargo en un acto de total desconocimiento de la jurisprudencia administrativa optar por rechazar la prescripción alegada, bajo el entendimiento erróneo de que el denunciante ha activado la vía administrativa ininterrumpidamente desde el 2003. Al respecto es menester aclarar que la prescripción alegada está dirigida a la no imposición de una sanción dentro del término de los dos años que exige la norma, independientemente de que el proceso se mantenga en movimiento; en otras palabras la sanción de la prescripción impetrada va contra la lenidad e ineficacia de la administración para imponer una sanción por supuestas infracciones cometidas.

### **C. Vulneración del principio del 'non bis in idem'**

La resolución impugnada impone una doble sanción para los cargos 4) y 6), no obstante haberse sancionado e impuesto en otros procesos sanciones por las mismas infracciones. Al respecto, debe tenerse en cuenta las Sentencias Constitucionales Nos. 883/05 de 29 de julio de 2005 y 506/05 de 10 de mayo de 2005, cuyas ratios decidendi tienen fuerza vinculante por imperio del art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, y que textualmente señalan: '...implican en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble

sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad.

En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y en el aspecto procesal o adjetivo (nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá vulneración al principio *non bis in idem*, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho'.

Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, cuando se impone a un mismo sujeto una doble sanción administrativa, o cuando se le impone una sanción administrativa y otra penal pese a existir las identidades antes anotadas (sujeto, hecho y fundamento)'.

Consecuentemente de lo anotado queda clara la violación al principio '**non bis in idem**', pues existe identidad de sujeto (administrado), hecho (no registro del reasegurador) y el fundamento (incumplimiento de la disposición).

**D. De la imposición de una sanción no obstante encontrarse demostrada la imposibilidad material de la entrega de certificados individuales de cobertura.-**

Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en la presentación de descargos precisa y demuestra que la emisión y consiguiente entrega de los certificados individuales de cobertura, **fue imposible de realizar toda vez que el Banco Santa Cruz S.A. amparado en el 'Secreto Bancario' se veía impedido de otorgar listados que contemplaban los nombres y datos personales de los prestatarios**, situación esta corroborada en la nota CITE SB/AJG/D-45538/2003 de fecha 5 de agosto de 2003 y por la respuesta a la orden judicial tramitada por nuestra entidad y contestada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 9 de junio de 2003 cursantes en el expediente del caso y hoy también por la adjunta Certificación extendida en fecha 11 de agosto de 2003 por el ex – Banco Santa Cruz S.A. al Señor Luis Artemio Lucca Suárez, documento en el que su numeral 5 y 9 establece expresamente lo siguiente:

**'Al 5.- '...En aquel entonces, de acuerdo a la normativa vigente, los reportes se hacían en listados con números y sin nombres, lo que fue modificado después, mediante Circular SB 390/2000 y Res. SB 075/2002 de fecha 27 de julio de 2002, dictada por la Superintendencia de Bancos, que es posterior al fallecimiento de la Sra. Arteaga de Lucca'**

**'Al 9.- Tal exigencia no era procedente de acuerdo a la normativa sobre seguros colectivos vigente, al ser violatoria al secreto bancario, extremo que recién fue regulado por la Superintendencia de Bancos en fecha posterior al fallecimiento de la señora Arteaga de Lucca, mediante Resolución S.B. 075/2002 de fecha 2 de julio de 2002'.**

No obstante a lo antes referido y demostrados los extremos alegados, la ASFI al momento de realizar el análisis sobre este punto sostiene de manera textual: '**... según la entidad aseguradora la imposibilidad de emitir los certificados o notas de cobertura correspondiente a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055, habría obedecido a la existencia de 'secreto bancario' lo cual imposibilitó que el Banco trasladara los datos personales de sus prestatarios...**' y sigue '**...efectuándose una interpretación sistemática y en función a la finalidad de la norma, de los preceptos antes aludidos, se puede establecer que la figura 'secreto bancario' si bien abarca las operaciones en general llevadas a cabo por un Banco cuya prohibición alcanza la divulgación de los antecedentes de dichas operaciones, debe quedar claro que el solo hecho de reportarse a una entidad aseguradora la lista y datos personales de los prestatarios – asegurados como emergencia de una Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario, de ninguna manera ingresa dentro de los alcances del 'secreto bancario' ya que no se está revelando la información financiera de los mismos, sus números de cuentas o las sumas de dinero que poseen de la entidad**

**financiera bancaria'** interpretación por demás sesgada pues desconoce regulaciones y circulares de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, único ente autorizado para regular la actividad bancaria. Obsérvese que el Secreto Bancario contemplado en el artículo 86 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras es claro y contundente toda vez que las operaciones bancarias (entendiéndose estas como aquellas que contemplan nombres, números de créditos u otros) no puede ser revelada esta información a terceros, salvo las excepciones establecidas en el artículo 89 del precitado cuerpo de leyes y de aplicación preferente frente a cualquier otra disposición legal (último párrafo del artículo 2 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras), norma que establece expresamente las circunstancias en las cuales debe ser levantado. Ahora bien, la autoridad de supervisión financiera, concedora de la colisión de leyes (de Bancos y Seguros) recién mediante la SB 075/2002 aclara y regula el aparente conflicto; sin embargo, en la vía aclarativa es menester tener presente que dicha regulación efectuada por la Superintendencia de Bancos, fue siete (7) meses después de haber fenecido la vigencia de la Póliza de Seguros objeto de los presentes cargos.

En consecuencia no se le puede atribuir a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. el incumplimiento de actos (emisión y entrega de Certificados de Cobertura) que como consecuencia de una ley especial (Ley de Bancos y Entidades Financieras) se encontraba imposibilitado de cumplirlos, así como también hago notar a usted lo incongruente de lo manifestado por ese órgano regulador respecto a que mi representada debió reclamar esa situación al órgano regulador, es decir a la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, institución ésta que indudablemente se rige por su normativa especial, prueba de ello es la representación de fecha 09 de junio de 2003 extendida por esa Ex Superintendencia.

Bajo este criterio Sr. Director y contando con notas emitidas por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras que señalan lo contrario, nuestra pregunta es cómo debemos actuar y de qué manera se podría presionar bajo lo señalado por los personeros de la ASFI para que dicha situación en un futuro no se repita?

#### **E. Inobservancia de la normativa del Código de Comercio**

Con relación al cargo imputado, por el supuesto incumplimiento a la Ley de Seguros Art. 12 inc. j) referido a: 'Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda la información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero' previo proceso administrativo; la entidad que represento manifestó que siendo la información y documentación requerida de la gestión 2000, y al haber transcurrido nueve años, la misma no fue habida en sus archivos debido a su larga data, siendo aplicable el Art. 52 del Código de Comercio que establece la obligación de los comerciantes de conservar sus archivos por el lapso de cinco (5) años.

Situación a la que la ASFI responde con una copia inextensa de los Arts. 51 y 52 del mencionado cuerpo legal, y cuya valoración determina que lo requerido por el órgano de fiscalización, implica que no puede aplicarse lo señalado en el Art. 52 del Código de Comercio por ser la Ley de Seguros específica y de uso preferente también en virtud del principio de jerarquía normativa al estar dicha Ley encima de un Decreto Ley (Cód. de Comercio).

Pues al respecto, precisar Sr. Director que la Ley de Seguros no especifica el hecho de mantener la información contable así como los archivos de correspondencia, por más de cinco años de manera textual, contrariamente a lo señalado de manera inequívoca por el Art. 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, aplicables por ende a entidades financieras, únicas instituciones para las cuales se establece de manera expresa, la obligatoriedad de conservar debidamente los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmadas o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable;



norma que sí conlleva un carácter especial.

En definitiva su autoridad podrá evidenciar que dentro de la definición de entidad financiera sobre la que se aplica esta situación, no se encuentran inmersas las compañías aseguradoras, consiguientemente queda demostrada la inobservancia de la norma aludida.

#### **F. De la falta de fundamentación de las sanciones impuestas.-**

Finalmente es necesario puntualizar que la resolución recurrida incurre en una defectuosa adecuación de las conductas descritas como infracciones de acuerdo al Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 602/03; no existe coherencia alguna en la determinación de la sanción, ya que únicamente se establece que Alianza Vida habría cometido por un lado una infracción leve y una infracción grave, aspecto que mereció la aplicación del máximo de la sanción prevista, no obstante no hacerse mención de circunstancias referidas a la reincidencia o situación similar, para determinar la imposición de la sanción, conforme a los incisos mencionados, y que a la postre resulta onerosa, desproporcionada y confiscatoria.

#### **PETITORIO**

Toda vez, que por una parte esa entidad reguladora no consideró en ningún momento los descargos presentados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., emiten la Resolución Administrativa N° 085/2009 ratificada por la R.A. 312/09 que impone la ilegal sanción en contra de la entidad que represento, lesionando así el legítimo derecho al debido proceso que, como entidad regulada, la ley le confiere y por otro lado, la imposición de la descrita sanción pecuniaria ilegalmente basada en los informes que en ningún momento fueron puestos a nuestro conocimiento, además que la Resolución Administrativa no contiene la fundamentación fáctica mínima para sancionar conforme a ley, extralimitando con este acto administrativo las atribuciones y competencias de esa entidad reguladora, por lo ampliamente expuesto, solicitamos que su autoridad se sirva **REVOCAR** en forma total de acuerdo a todos los puntos impugnados, la Resolución Administrativa N° 312 de fecha 08 de Octubre de 2009, que ratifica en todos los extremos la Resolución Administrativa N° 085/09 de fecha 11 de agosto de 2009, adecuando sus disposiciones a los principios y procedimientos contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 25 de abril de 2002 y al D.S. N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003..."

## **6.ALEGATOS POR TRASLADO DE RECURSOS JERÁRQUICOS.-**

### **6.1. RESPONDE RECURSO JERÁRQUICO DE ALIANZA VIDA S.A..-**

Mediante memorial presentado el 1° de diciembre de 2009, Luis Artemio Lucca Suárez responde al Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros de Vida S.A. expresando lo siguiente:

#### **'...1) INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

En el punto III, literal A) del Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida S.A. se indica falazmente que se habría aplicado la Ley de Procedimiento Administrativo a hechos anteriores lo cual viciaría el procedimiento de nulidad.

Sobre el particular, corresponde mencionar que **la Resolución ASFI N° 312/2009 ha tomado en cuenta la Ley de Seguros que data del 25 de junio de 1998 y los Reglamentos de Sanciones N° 01/93 y 215/2001, PARA DETERMINARSE LAS INFRACCIONES, y la veracidad de estos fundamentos se encuentra comprobada con la lectura de las páginas 21 y 22 de la mencionada Resolución ASFI N° 312/2009.**

En consecuencia, si las infracciones corresponden a las gestiones 2000-2001, como confiesa la propia aseguradora, se tiene palmariamente comprobado que **DICHAS INFRACCIONES HAN SIDO CALIFICADAS BAJO NORMAS VIGENTES EN EL MOMENTO DE LA COMISIÓN DE LAS MISMAS.**

Sin perjuicio de lo anterior, debe también tomarse muy en cuenta que si bien es cierto que las infracciones corresponden a las gestiones 2000-2001 no es menos cierto que **EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO RECIÉN SE ORIGINA PROPIAMENTE CON LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN JERÁRQUICA 104/2007, EL INFORME SPVS/INF/N° 01/2008 Y LAS DEMÁS ACTUACIONES POSTERIORES, DONDE SE ENCONTRABA EN PLENA VIGENCIA LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO NORMA PROCEDIMENTAL APLICABLE, lo que desvirtúa el falso argumento de la Entidad Aseguradora, **INCLUSIVE, DEBE QUEDAR CLARO QUE LAS INFRACCIONES RECIÉN FUERON DESCUBIERTAS CON EL INFORME SPVS/INF/N° 01/2008, DONDE A ESA FECHA YA EXISTÍAN NORMAS SANCIONATORIAS DENTRO DE LA LEY DE SEGUROS.****

Del mismo modo debe notarse que Alianza Vida S.A. **EN NINGÚN MOMENTO, A LO LARGO DE ESTE TIEMPO, IMPUGNÓ O RECLAMÓ ESTA SITUACIÓN POR LO QUE CUALQUIER POSIBLE 'NULIDAD' SE ENCUENTRA CONVALIDADA Y PRECLUIDA** además de que, **AL NO HABER EXISTIDO OBJECCIÓN SOBRE ESTE HECHO, LA ENTIDAD ASEGURADORA HA CONSENTIDO PLENAMENTE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL DECRETO SUPREMO N° 27175, no siendo lógico y menos coherente que ahora, a estas alturas del procedimiento, pretenda escudarse en aspectos **EN LOS QUE NUNCA ANTES HIZO RECLAMO OPORTUNO.****

Por tanto, es incongruente la hipótesis sostenida por la Entidad Aseguradora.

## **2) INEXISTENCIA DE ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY**

En el punto III, literal B), del Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida S.A. se señala que 'se habría realizado una interpretación antojadiza y caprichosa de la ley' sobre el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en lo que se refiere a la prescripción.

Al respecto, ha quedado por demás claro que las infracciones cometidas por Alianza Vida

S.A. **NO SE ENCUENTRAN PRESCRITAS** por lo siguiente:

**2.1.)** La Superintendencia General del SIREFI a través de la **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre**, ha determinado clara y categóricamente que todas y cada una de las denuncias presentadas por mi parte ante la SPVS **NO SE ENCUENTRAN PRESCRITAS.**

En efecto, dicha Resolución Jerárquica ha sostenido de manera por demás clara e inamovible que la prescripción de las infracciones administrativas **SE INTERRUMPE CON LA PRESENTACIÓN DE UNA DENUNCIA, HABIÉNDOSE ESCLARECIDO, ADEMÁS, EN DICHA RESOLUCIÓN JERÁRQUICA, QUE MI PERSONA POR MEMORIAL DE 17 DE FEBRERO DENUNCIÓ ANTE LA SPVS A LA CORREDORA HP BROKERS Y LA COMPAÑÍA ALIANZA VIDA S.A. Y DESDE ESA FECHA SE ACTIVÓ LA SEDE ADMINISTRATIVA QUE POSTERIORMENTE DERIVÓ EN UNA SERIE DE PRONUNCIAMIENTOS DE LA SPVS SOBRE EL CASO QUE FUERON ANULADOS SUCESIVAMENTE POR LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DEL SIREFI HASTA QUE SE PRONUNCIÓ LA RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 104/2007 DE 29 DE NOVIEMBRE LA CUAL DIO ORIGEN A QUE LA SPVS INVESTIGARA TODAS MIS DENUNCIAS Y SE EMITIERA EL INFORME SPVS/INF/N° 01/2008 DE 30 DE MAYO DE 2008 BASE DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.**

**2.2)** De lo anterior, queda claro entonces que el presente caso ha permanecido activo en el tiempo y **EN NINGÚN MOMENTO HA PRESCRITO** siendo que, además, la propia Superintendencia General del SIREFI así lo determinó en la mencionada **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre** acto administrativo **QUE SE ENCUENTRA FIRME Y NO HA SIDO MODIFICADO NI DEJADO SIN EFECTO POR LO CUAL SE CONSTITUYE DE CUMPLIMIENTO**

**OBLIGATORIO** tal y como establece el Artículo 60 del Decreto Supremo N° 27175, al margen de gozar de los principios de presunción de legalidad y constitucionalidad.

**NÓTESE INCLUSIVE QUE SI BIEN ES CIERTO QUE A LA FECHA LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DEL SIREFI HA SIDO EXTINGUIDA, NO ES MENOS CIERTO QUE SUS RESOLUCIONES JERÁRQUICAS CONFIGURAN DERECHOS ADQUIRIDOS Y OBLIGATORIEDAD EN SU CUMPLIMIENTO.**

**2.3)** La Resolución ASFI N° 085/2009 (Págs. 4 a 6) ha sido precisa cuando ha establecido que la prescripción invocada por Alianza Vida S.A. es improcedente por cuanto las infracciones cometidas fueron denunciadas sistemáticamente desde el año 2003 **Y LAS MISMAS FUERON DESCUBIERTAS RECIÉN EL AÑO 2008** y porque los efectos jurídicos de las infracciones cometidas **SE HAN MANTENIDO EN EL TIEMPO**, lo cual determina que no se ha configurado el plazo previsto por el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Así, queda claro que, además, las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. **NO SE ENCUESTRAN PRESCRITAS** habida cuenta que se han configurado, también, **INFRACCIONES PERMANENTES Y CONTINUADAS**, sobre lo cual la Doctrina del Tribunal Constitucional y la propia Superintendencia General del SIREFI ha señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero que 'Una vez enseñado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se deben desmarcar las diferencias existentes entre las **infracciones instantáneas** y las **infracciones permanentes**'. 'En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo'. 'En consecuencia, **cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto**'.

Por ello, mientras arteramente Alianza Vida S.A. **INCUMPLÍA DE MANERA PERMANENTE Y PERIÓDICA** sus obligaciones legales, haciendo burla y mofa del órgano regulador y siempre protegidos por ex autoridades de turno, **ESTOS HECHOS (QUE NUNCA CESARON PORQUE NO SE CUMPLIÓ CON LAS OBLIGACIONES ANTEDICHAS) SON DESCUBIERTOS RECIÉN CUANDO MI PERSONA LOS DENUNCIA, CON LO QUE SE TUVO POR INTERRUMPIDA LA PRESCRIPCIÓN Y SE PROSIGUIERON CON LAS DEMÁS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN QUE HASTA LA FECHA PERMANECEN ACTIVAS Y EN TRAMITE, LO CUAL IMPLICA LA INEXISTENCIA DE PRESCRIPCIÓN ALGUNA.**

En consecuencia, queda comprobado que Alianza Vida S.A. de forma artera y artificiosa pretende escudarse en una 'prescripción' que sabe perfectamente es inexistente y que tampoco fuera alegada (curiosamente) en su oportunidad, además, que el presente caso siempre se ha mantenido vigente en el tiempo y nunca ha existido inactividad procedimental; lo cual denota que **NO HA EXISTIDO** 'errónea interpretación' del Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

### **3) INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO 'NON BIS IN IDEM'**

En el punto III, literal C), del Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida S.A., se indica que la resolución impugnada impone una doble sanción en los cargos 4) y 6) 'no obstante haberse sancionado e impuesto en otros procesos sanciones por las mismas infracciones'.

Respondiendo a este insulso argumento, debe tomarse en cuenta que Alianza Vida S.A. **NO ESPECIFICA NI SEÑALA CUALES SERÍAN LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE HABRÍAN SANCIONADO ANTERIORMENTE A ESTA COMPAÑÍA POR LAS INFRACCIONES ESTABLECIDAS EN LOS CARGOS 4) Y 6)**, lo cual demuestra lo forzado de sus conjeturas. Obviamente, nunca ha existido resolución alguna que hubiese sancionado a la Entidad Aseguradora de manera previa a la emisión de las Resoluciones ASFI N° 085/2009 y ASFI N° 312.

Asimismo, es menester hacer notar que la Resolución ASFI N° 085/2009 cuando desarrolla el **cargo 4)** claramente ha dejado establecido que la Resolución Administrativa N° 686 de 12 de noviembre de 2004, en la cual se amparaba la compañía para intentar sostener la doble sanción, se trata de una multa impuesta a Alianza Vida S.A. pero por aspectos relativos a la Póliza N° 600095 para la Señora Carolina NemeRosso y por la Póliza de Vida Individual para el señor Carlos Vilaseca, de lo cual se evidenció que dicha Resolución Sancionatoria IS N° 686 en ningún momento o lugar procesó o impuso sanción alguna a la entidad aseguradora por haber operado con la reaseguradora SCOR. Entonces **NO EXISTE** vulneración al principio 'non bis in idem' (**Ver Pág. 11, segundo párrafo de la Resolución ASFI N° 085/2009**).

En el mismo sentido, en cuanto al **cargo 6)**, la Resolución ASFI N° 085/2009 ha sido clara y categórica cuando ha determinado que la Resolución Administrativa N° 470 de 02 de mayo de 2006 efectivamente impuso sanciones a la Entidad Aseguradora **PERO POR TEMAS DIFERENTES Y POR PÓLIZAS DISTINTAS ENTRE LAS CUALES NO FIGURA LA N° 600055 RELATIVA A MI CASO ESPECÍFICO YA QUE, REITERO, SON OTRO TIPO DE PÓLIZAS LAS QUE DIERON ORIGEN A LA INFRACCIÓN Y POSTERIOR SANCIÓN; POR LO QUE NO EXISTE IDENTIDAD NI SIMILITUD DE SUJETO, OBJETO Y CAUSA NO PUDIENDO SOSTENERSE QUE SE ESTARÍA VULNERANDO EL PRINCIPIO 'NON BIS IN IDEM'** (**Ver pág. 13, tercer párrafo de la Resolución ASFI N° 085/2009**).

En consecuencia, es absolutamente falso que se hubiera procesado o sancionado a Alianza Vida S.A. dos veces por los mismos hechos.

#### **4) INEXISTENCIA DE IMPOSIBILIDAD MATERIAL POR SECRETO BANCARIO**

En el punto III, literal D), el Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida S.A. se señala que 'la entrega de los certificados de cobertura fue imposible de realizar toda vez que el Banco Santa Cruz S.A. amparado en el 'secreto bancario' se veía impedido de otorgar listados que contemplan los nombres y datos personales de los prestatarios situación corroborada en la nota CITE SB/AJG/D-45538/2003'.

**4.1)** En primer lugar, debemos partir por analizar la nota CITE SB/SJG/D-45538/2003 en la cual pretende escudarse la Entidad Aseguradora, debiendo clarificarse que dicha carta al ser una simple misiva, **QUE NI SIQUIERA SE ENCUENTRA FIRMADA POR EL SUPERINTENDENTE** sino por un(sic) simple funcionaria que no tiene competencia legal, **NO CONSTITUYE ACTO ADMINISTRATIVO ALGUNO** al tenor de los Arts. 27 y 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo y tampoco puede contrariar lo resuelto en una Resolución Administrativa de mayor jerarquía como lo es la Resolución ASFI N° 085/2009 que claramente sostuvo que **EN ESTE CASO EN PARTICULAR NO EXISTIÓ SECRETO BANCARIO**.

**4.2)** La Resolución ASFI N° 085/2009 (págs. 7 y 8) de manera fundamentada ha establecido que la figura del secreto bancario: '(...)si bien abarca las operaciones en general llevadas a cabo por un Banco cuya prohibición alcanza la divulgación de los antecedentes de dichas operaciones, debe quedar claro que el solo hecho de reportarse a una entidad aseguradora la lista y datos personales de los prestatarios – asegurados como emergencia de una Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario, **de ninguna manera ingresa dentro de los alcances del 'secreto bancario' ya que no se está revelando la información financiera de los mismos, sus números de cuentas o las sumas de dinero que poseen en la entidad bancaria**'. Del mismo modo, la ASFI categóricamente señaló que: '(...) **de acuerdo a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055**, en la parte que se refiere a las 'CARACTERÍSTICAS DEL BIEN ASEGURADO' en su inciso A) se especifica que la 'MATERIA DEL SEGURO' radica en los '**PRESTATARIOS DEL BANCO SANTA CRUZ S.A. QUE FIGUREN EN LAS PLANILLAS MENSUALES DE SALDO INSOLUTO DE CAPITAL, SEGÚN NOMBRES Y NÚMEROS DE CRÉDITOS QUE SERÁN PROPORCIONADOS POR EL BANCO MENSUALMENTE**' lo que refuerza el criterio de no existencia de 'secreto bancario' toda vez que **en ningún momento la póliza N° 600055 estableció que se reportaran números de cuentas, saldos de capital, etc.; sino simplemente los nombres de los prestatarios y números de créditos**'.

Así, la ASFI concluye que la compañía: '(...) ingresó, además, en incumplimiento de su propio contrato de seguro; donde **bien pudo la entidad aseguradora haber reclamado de forma inmediata esta situación al órgano regulador correspondiente**, a los fines de cumplir con la Ley de Seguros y sus consiguientes obligaciones. Además (...) **tampoco se puede dejar de lado que las planillas de pago de primas contienen datos que identifican a un asegurado a través de un número de cliente e incluso un número asignado al crédito otorgado**'.

Entonces, se puede advertir sin lugar a dudas que el criterio de la ASFI ha sido correcto a tiempo de determinar la inexistencia de 'secreto bancario'. (el resaltado es añadido).

**EN TAL SENTIDO, NO PUEDE QUEDAR DUDA ALGUNA QUE, INCLUSIVE, LOS CERTIFICADOS DE COBERTURA PUDIERON SER EMITIDOS CON LOS NÚMEROS ASIGNADOS A LOS CLIENTES, SITUACIÓN QUE NO FUE OBSERVADA POR ALIANZA VIDA S.A. Y CON LO QUE SE DEMUESTRA UNA VEZ MÁS LA INEXISTENCIA DE SECRETO BANCARIO;** y para reafirmar aún más esta posición, cursa en el expediente administrativo una Certificación de la ex SBEF de 11 de agosto de 2003 la cual, en su punto 5, señala claramente que '(...) **en aquel entonces**, de acuerdo a la normativa vigente, **los reportes se hacían en listados con números (...)**'

**4.3)** Por otra parte, otro aspecto que demuestra que nunca se configuró el 'secreto bancario' radica en que, de la revisión del expediente administrativo, se ha logrado evidenciar que **SE EMITIERON DOS PÓLIZAS DE INCENDIO EN LAS GESTIONES 2000 Y 2001 MIENTRAS SE MANTENÍAN VIGENTES LOS CRÉDITOS OTORGADOS A MI PERSONA DONDE, EN ESTE CASO, SE VERIFICÓ QUE SE PROCEDÍÓ A EMITIR Y ENTREGAR CERTIFICADOS Y NOTAS DE COBERTURA.** De ello se puede corroborar una vez más la inexistencia de 'secreto bancario' por cuanto de dar cabida al argumento de la compañía acerca de la reserva bancaria, entonces tampoco se habrían tenido que emitir los certificados y notas de cobertura para las Pólizas de Incendio al tratarse de información catalogada dentro del 'secreto bancario'.

Consecuentemente, se tiene plenamente demostrado que nunca existió 'secreto bancario' en este caso y mucho menos 'imposibilidad sobreviniente', por lo que este argumento debe ser rechazado.

#### **5) INEXISTENCIA DE INOBSERVANCIA A NORMAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

En el punto III, literal E), el Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida S.A., sostiene la Aseguradora que no se habrían observado las normativas del Código de Comercio en cuanto a la falta de presentación de documentación a la ex SPVS por parte de la compañía.

En respuesta a estas contraproducentes explicaciones, se debe especificar lo siguiente:

**5.1)** Basta señalar que el Art. 52 del Código de Comercio hace referencia a la conservación de libros y papeles establecidos en el Art. 51 del mismo Código, donde este último artículo (51) hace mención a la 'correspondencia y documentación contable'; y en este caso, **LA SPVS NO HA SOLICITADO A ALIANZA VIDA S.A. QUE PRESENTE NI CORRESPONDENCIA NI MUCHO MENOS DOCUMENTACIÓN CONTABLE** como para que esta Aseguradora pretenda ampararse en los alcances del referido Art. 52 del Código de Comercio en cuanto al plazo para la conservación de dicha documentación.

**5.2)** Por otro lado, no se puede pretender soslayar el **Art. 12, literal j, de la Ley de Seguros** el mismo que es meridianamente claro y categórico cuando determina como **OBLIGACIONES** de las Entidades Aseguradas 'Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, **sin restricción de ninguna naturaleza (...)**'.

**5.3)** En el mismo sentido, no puede quedar al margen el hecho de que Alianza Vida S.A. a sabiendas de que desde un principio ha tomado conocimiento de mis denuncias ahora, contra toda lógica, pretenda señalar que no cuenta con la documentación o información relativa a este caso si el mismo se ha mantenido y se mantiene aún vigente.

**5.4)** Entonces, queda claro que el temor que tiene Alianza Vida S.A. de exhibir y presentar información es precisamente porque de revelarse la documentación que oculta maliciosamente esta aseguradora, daría lugar a que se verifiquen no solo infracciones administrativas sino también delitos penales.

En consecuencia, la Resolución ASFI N° 085/2009 (págs. 16 y 17) ha efectuado una correcta evaluación de los hechos y la normativa aplicable, no siendo procedente que la compañía señale que 'dentro de la definición de entidad financiera no se encuentran inmersas las aseguradoras' por cuanto en ningún momento se aplicó norma financiera alguna contra Alianza Vida S.A.

#### **6) INEXISTENCIA DE FALTA DE DOCUMENTACIÓN**

En el punto III, literal F), el Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida S.A., señala la compañía que la resolución recurrida carecería de fundamentación y defectuosa adecuación de las conductas descritas como infracciones.

Respecto a lo anterior, la Resolución ASFI N° 085/2009 cumple con la exigencia de motivación constitucionalmente impuesta a las Autoridades Administrativas por cuanto ha resuelto todos y cada uno de los puntos objetados en su momento por Alianza Vida S.A.

Asimismo, **Y EN LO QUE SE REFIERE A LAS INFRACCIONES**, las mismas que han sido cabalmente catalogadas bajo las normas vigentes y prueba clara de ello se tiene de la lectura de las páginas 6 a 18 de la Resolución ASFI N° 085/2009.

Obviamente, la ASFI ha omitido deliberadamente el imponer la **SANCIÓN** correcta que el Art. 52 de la Ley de Seguros determina cuando existen infracciones insubsanables, cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento; **MAS AUN SI LA PROPIA ASFI HA RECONOCIDO EXPRESAMENTE** que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son de naturaleza **INSUBSANABLE** cuando el quinto párrafo de su pág. 19 ha señalado que '(...) **las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**' situación que reafirma que las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. son **INSUBSANABLES**, pero que, sin embargo, y extrañamente **NO HA DADO LUGAR QUE SE IMPONGA LA SANCIÓN QUE CORRESPONDE A ESTE TIPO DE INFRACCIONES QUE ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

#### **7) SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

Considero pertinente, una vez más, el demostrar que las infracciones en las que ha incurrido Alianza Vida S.A. **SON INSUBSANABLES** las cuales merecen la aplicación de la sanción establecida en el Art. 52 de la Ley de Seguros, es decir, la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

En efecto, para corroborar una vez más estos mis fundamentos, considero oportuno reiterar lo siguiente:

##### **7.1) LOS CARGOS 1 Y 2 (...)**

#### **8) PETITORIO**

Por tanto, y en mérito a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito se tenga por respondido el Recurso Jerárquico de Alianza Vida S.A. y, **de acuerdo al Art. 46 párrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo**, se consideren los fundamentos precedentemente expuestos y se emita la correspondiente Resolución Jerárquica por medio de la cual **SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI N° 312/2009 y se imponga a Alianza Vida S.A. la sanción de **REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO**, conforme al Art. 52 de la Ley de Seguros, al haber incurrido la Entidad Aseguradora en infracciones insubsanables.(...)'

## **6.2. RESPONDE RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ.-**

Mediante memorial presentado el 8 de diciembre de 2009, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. absuelve traslado dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez, en mérito a las siguientes consideraciones:

### **'II. ABSUELVE TRASLADO DE FECHA 25 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

*Habiendo sido notificados en fecha 25 de Noviembre del año en curso, con el Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez en contra la Resolución Administrativa N° ASFI N° 312/2009, al amparo del artículo 60 de la Ley N° 2341 concordante con el Art. 41 parágrafo II y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en derecho y en término hábil, en nombre y representación de la aseguradora Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., absolvemos el mismo en base de las siguientes consideraciones de orden legal:*

**1.-** La específica estructura jurídica que sustenta la Resolución ASFI N° 312-2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en pleno uso de sus atribuciones y competencias conferidas por la Ley de Seguros N° 1883, Decreto Supremo Reglamentario N° 25201 y las normas técnicas reglamentarias conexas relacionadas por el sector seguros; así también aplicable la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, Decreto Supremo Reglamentario N° 27175 y finalmente los Decretos Supremos N° 29894 del 07 de febrero de 2009 y N° 071 del 09 de abril de 2009, siendo este el ÚNICO marco jurídico idóneo que legitima y otorga plena validez a la tramitación del procedimiento y la forma de resolución de la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 312-2009 y no así ninguna otra **LEY O PROCEDIMIENTO SEA GENERAL O ESPECIAL APLICABLE AL CASO DE AUTOS.**

**2.-** Sin embargo causa preocupación y extrañeza Señor Viceministro, que el recurrente Lucca Suárez, aluda como fundamento legal en su memorial de recurso jerárquico, una cantidad de explicaciones y elucubraciones doctrinales y jurisprudenciales, tergiversando a su conveniencia la normativa específica descrita en el numeral anterior, y lo que es peor aún intenta confundir a su autoridad ya que sustenta su recurso realizando sesgadas interpretaciones a los principios doctrinales del derecho administrativo vigente, en la pretensión de forzar la normativa legal, ya que sus tenuous argumentos son ajenos e inaplicables al presente procedimiento, además hacemos énfasis, que el recurrente Lucca Suárez **NO HA CUMPLIDO** con los requisitos formales exigidos, obsérvese dentro de su memorial de Recurso Jerárquico, Lucca Suárez pretende tergiversar las atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), sin argumentos técnicos, mucho menos legales, al afirmar que la ASFI mal utilizó las normas reglamentarias del sector seguros, y pretender hacer parecer, que la autoridad recurrida ha efectuado reconocimientos expresos y confesiones de hechos y actos dentro del presente procedimiento administrativo, también realiza en un denostado afán de usurpar funciones de la autoridad fiscalizadora estatal recurrida, cuando realiza una apología regulatoria, permitiéndose configurar y adecuar a su conveniencia los cargos de la ahora impugnada Resolución ASFI N° 312-09, en total colisión con la normativa reglamentaria aplicable, cuando expresa en su memorial de recurso que los cargos del 1 al 7 impuestos por la Resolución ASFI N° 085/09, fueron correctamente confirmados por la ahora recurrida R.A., denotando máxima confusión y alejado totalmente de la verdad material y formal que regula el Derecho Administrativo.

**3.-** Tal sustento legal del precario recurrente en el caso de autos es alejado totalmente de la verdad material y formal, ya que por el contrario el artículo 41 inciso e) de la referida Ley de Seguros obliga a esta institución, estableciendo que:

**'Artículo 41.- FUNCIONES Y OBJETIVOS.-** La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:

**e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus Reglamentos,** asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos'.

Por su parte el Artículo 43 inciso s) establece que:

**'Artículo 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:

**s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos'.**

Finalmente el Art. 52 subtítulo **SANCIONES** estipula que:

**'SANCIONES.- De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias,** la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las sanciones administrativas'

Claramente y no admite discusión alguna, la Ley de Seguros N° 1883 impone que la ASFI en el caso de autos, ejercite su función reguladora y fiscalizadora aplicando las previsiones reglamentarias descritas en el numeral 1.- anterior, y que consideró oportunamente, es decir cumplir y hacer cumplir la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, Decreto Supremo Reglamentario N° 27175, los Decretos Supremos N° 29894 del 07 de febrero de 2009 y N° 071 del 09 de abril de 2009 correspondiente al presente procedimiento administrativo sancionatorio, y fundamentalmente la Ley de Seguros N° 1883, el Decreto Reglamentario N° 25201 y las normas técnicas y reglamentarias conexas relacionadas para el sector seguros expedidas por la misma ASFI, en cumplimiento de su atribución regulatoria impuesta en el inciso s) del Artículo 41 con relación al Artículo 52 de la Ley N° 1883 de Seguros.

**4.-** Habiendo tomado conocimiento del contenido del Memorial del Recurso Jerárquico presentado por Lucca Suárez, efectuada una lectura exhaustiva y detallada, observamos y advertimos muy respetuosamente a su autoridad, que el precario recurrente **EN NINGUNA DE LAS 36 HOJAS** que conforman su Memorial, **NO DEMOSTRÓ Y OMITIÓ PRECISAR,** que la autoridad recurrida ASFI al pronunciar la Resolución Administrativa N° 312-09, **AFECTÓ, LESIONÓ O CAUSÓ PERJUICIO A SUS DERECHOS O INTERESES LEGÍTIMOS,** requisito **SINE QUA NON,** que de manera inexcusable debe cumplir cualquier tercero interesado dentro del presente recurso administrativo y sujeto obligatoriamente al marco legal administrativo, por lo que se tiene en el caso de autos, que el señor Lucca Suárez al **NO** haber demostrado que la ASFI con la emisión de la Resolución ASFI N° 312/09, haya lesionado sus Derechos o intereses legítimos, este recurrente, ha presentado un Recurso Administrativo Jerárquico **INFUNDADO, ILEGÍTIMO E INEFICAZ,** por **NO ESTAR MOTIVADO,** y por tanto sin **FUNDAMENTACIÓN LEGAL** que directamente demuestre la afectación de sus derechos e intereses legítimos, en consecuencia, dicho Recurso Jerárquico debe ser declarado **IMPROCEDENTE Y SER RECHAZADO** previo el trámite de rigor.

### **III. FUNDAMENTACIÓN LEGAL DEL PRESENTE MEMORIAL.-**

Señor Viceministro, su autoridad debe tener presente que el Memorial de Recurso Jerárquico presentado en fecha 23 de octubre de 2009, sencillamente debe ser considerado como una amable y simple carta explicativa que **NO** causa estado, ya que en rigor **NO cumple y NO contiene los requisitos legales esenciales** contemplados en el Art. 15, 37 y 39 del Reglamento a la Ley de procedimiento Administrativo, estos con relación a los Artículos 12 y 58 de la Ley 2341, por lo que de ninguna manera corresponde que su autoridad sustancie y resuelva el Recurso Jerárquico interpuesto por Lucca Suárez mientras que el precario recurrente, **NO** subsane y de(sic) cumpla con este básico requisito formal, debiendo demostrar clara, precisa y de manera fundamentada que la Resolución ASFI N° 312/09, ha vulnerado sus derechos o afectado sus intereses; al respecto



cabe preguntarse: ¿Si acaso el importe de la sanción pecuniaria impuesta en la Resolución ASFI N° 085/2009 le afectado(sic) a sus intereses legítimos???. O También podemos preguntarnos si las desatinadas, insustentables y a todas luces ilegales peticiones expuestas en el petitorio de su Memorial de Recurso, le benefician o perjudican a sus derechos legítimos??

1.- Por lo sucintamente expuesto, solicitamos muy respetuosamente a su autoridad que por su intermedio el recurrente Lucca Suárez, de cumplimiento con el requisito formal obligatorio contenido en el Artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175 que a la letra dice:

'Artículo 37.- (Procedencia)

Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictadas por las Superintendencias del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado **o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos'** (las negrillas son nuestras)

El anterior con relación al Artículo 39 que a la letra dice:

'Artículo 39.- (Omisión de Requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada. **Este será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos,** bajo apercibimiento de rechazo del recurso'

2.- Por otro lado, dejar establecido que las aseveraciones efectuadas por el recurrente son totalmente erradas y fuera de todo contexto legal, peor aún, cuando realiza aseveraciones forzadas y extremas peticiones que merecerán en otro momento procesal mayores argumentaciones de nuestra parte, por el simple hecho, de que al **NO** tener ningún asidero jurídico en este ámbito, caen por su mismo peso, ya que sólo intentan forzar y confundir a sus autoridades.

Señor Viceministro, en mérito a los antecedentes y argumentos de orden legal antes expuestos, se tiene que el Memorial presentado en fecha 26 de octubre de 2009 que contiene el Recurso Jerárquico del señor Lucca Suárez, adolece y **NO CUMPLE** con los requisitos formales mínimos exigibles por la norma administrativa especial, para lograr recurrir ante su autoridad la Resolución ASFI N° 312/2009, claro está que al **NO** haber demostrado que con su emisión la ASFI, le hubiera lesionado algún derecho o interés legítimo, por lo tanto, estos defectos fatales deben ser previa y necesariamente subsanados por el recurrente y así preservar la legalidad de todos los actos subsiguientes del presente procedimiento administrativo bajo su cargo.

#### **IV. PETITORIO.-**

En consecuencia, solicitamos a su autoridad que se ordene al recurrente Luis Artemio Lucca Suárez, que de estricto cumplimiento al Artículo 37 del D.S. 27175 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, con relación al párrafo I del Artículo 39 del mismo cuerpo legal, y demuestre de manera clara, objetiva y verás qué **DERECHOS O INTERESES LEGÍTIMOS**, han sido vulnerados con la emisión de la Resolución ASFI N° 312/09 por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, caso contrario sea rechazado el recurso interpuesto por Lucca Suárez y se condene en costas al recurrente.

**Otrosí 1.-** En nuestra condición de sujeto regulado y directo lesionado con la Resolución ASFI N° 312-09 ahora recurrida de nuestra parte, solicitamos a su autoridad que se nos notifique con el Auto Interlocutorio correspondiente al presente Memorial para los efectos pertinentes (...)'

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y las exposiciones orales presentadas, por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y**

**REASEGUROS S.A.** y por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación:

### **1.- DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS Y DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DENTRO DEL DEBIDO PROCESO.-**

Con carácter previo a ingresar a los argumentos de fondo presentados en los memoriales de los Recursos Jerárquicos interpuestos, es necesario pronunciarse sobre las infracciones al procedimiento administrativo acusadas por ambos recurrentes, en cuanto a la debida fundamentación y consiguiente valoración de la prueba al ser este acto determinante para la decisión que debe adoptar cualquier juzgador, en todos los ámbitos y en especial en el procedimiento administrativo.

El Principio de Motivación, conforme dicta la doctrina, la jurisprudencia, los precedentes administrativos y la propia normativa administrativa (Artículo 28, incisos b) y e), Artículo 16 de la Ley No. 2341, Artículo 17 parágrafo II, inciso d) del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175) , determina que la Administración Pública se encuentra obligada a emitir los actos administrativos con la debida fundamentación, especificando de forma clara y específica los fundamentos por el cual emite su decisión.

Entonces, la motivación de todo acto administrativo, constituye el elemento esencial, consagrado en nuestra economía jurídica administrativa, que permite al administrado contar con la garantía y seguridad jurídica del proceso que se lleva, ya que le permite conocer de manera clara e inequívoca las bases por las cuales la Administración ha emitido su decisión.

Por lo que, en todo proceso administrativo y en especial en uno sancionatorio, conforme concluye uniformemente la doctrina, la motivación de los actos debe encontrarse en cada acto administrativo que se emita, ya que la fundamentación que motiva la imposición de la sanción, el carácter de la misma en relación a la infracciones cometidas, permitirá al administrado, poder ejercer correctamente el derecho a la defensa y poder advertir si se ha o no violado su derecho subjetivo o cumplido cabalmente la normativa.

Es así que la Autoridad Administrativa a tiempo deresolver un Recurso debe guiar sus actos objetivamente, seleccionando las pruebas que puedan tener valor cognoscitivo, separándolas de aquellas que no la tienen y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales.

Lo dicho precedentemente implica que la Autoridad Administrativa tiene el deber preciso de extraer de las pruebas los factores epistémicos aceptables, para que a

partir de ello construir inferencias racionales fundadas sobre reglas de valoración que deben ser claramente identificables por la propia autoridad.

Estas consideraciones son adecuadas para todos los aspectos de la decisión, pero lo son de un modo particular en lo que se refiere al juicio sobre los hechos y la valoración de la prueba.

No se debe olvidar que el Derecho Administrativo está orientado a la búsqueda de la verdad material, empírica o histórica, donde la veracidad de la determinación de los hechos es una de las condiciones necesarias para una justa decisión, la que sin duda estará inclinada a dos fases de razonamiento, la decisoria y la justificatoria, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar la decisión como justificada sobre la base de buenos argumentos extraídos de la prueba analizada y de las normas aplicables.

Corroborar lo dicho, Wróblewski ("Sentido y Hecho" en el derecho, trad. Española, San Sebastián, 1988, p.61 y ss.) al decir:

*" (...) El juez que no justifica sus propias decisiones en la motivación de la sentencia ejerce el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae al control externo de las razones por la que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejerce democráticamente el poder del que dispone justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. Es claro, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones".*

Es así que la motivación al ser la garantía del administrado al debido proceso, obliga al regulador a otorgar decisiones fundadas o motivadas como se dijo, pero considerando todas y cada una de las peticiones del solicitante, recurrente, tercero interesado, etc.

La falta de fundamentación o motivación de una o varias las peticiones o solicitudes o argumentaciones presentadas por el recurrente, viola el debido proceso y las garantías del administrado, por lo que la Administración Pública se encuentra obligada a atender **todas** las solicitudes formuladas en los Recursos de impugnación, mediante pronunciamientos fundados y motivados de la aceptación o rechazo de las pretensiones solicitadas.

Aplicando lo antedicho al caso concreto se observa que las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no han motivado y fundamentado las pretensiones y argumentaciones de los recurrentes y participantes del proceso, ni ha valorado correctamente la prueba **hecho que ha sido expresamente alegado por ambos recurrentes en los memoriales de Recursos**

**Jerárquicos presentados**, conforme se puede evidenciar de la transcripción *up suprade* los principales actos administrativos, y serán analizados en el inciso 2 siguiente.

## **2. DEL DEBIDO PROCESO Y LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS EN INSTANCIA JERÁRQUICA.-**

### **2.1 De errónea aplicación de las normas.-**

- Respecto al agravio expresado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. de que se hubiere aplicado un procedimiento y un reglamento de sanciones que no corresponde, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se limita a mencionar, **porque no fundamenta**, las normas contenidas en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, así como las contenidas en el Decreto Reglamentario de la mencionada ley adjetiva, aplicables al Sistema de Regulación Financiera, sin considerar que cuando se deniega una petición esta debe estar debidamente motivada y fundamentada.

Es así que la Autoridad recurrida, dejando a un lado el principio de motivación y consiguientemente el debido proceso:

- No motiva ni fundamenta, cuál era el procedimiento aplicable a la fecha de presentación de la denuncia. (17 de febrero de 2003).
- No motiva ni fundamenta por qué, para el cargo 3, aplicó la Resolución Administrativa SPVS IS N° 172 de 16 de abril de 2001, en relación a la infracción encontrada.
- No motiva ni fundamenta por qué desestima el cargo N° 9 aduciendo que no existe sustento para su imputación
- No hace un análisis de las agravantes y atenuantes de las sanciones ni desarrolla la existencia o no de elementos configurativos de las causales de fuerza mayor como eximentes de responsabilidad alegados para los cargos 1,2, y 8.
- No fundamenta ni menciona cual es la norma que contiene el plazo por el cual, los regulados del sector seguros, deben conservar toda su documentación.
- Aunque menciona los principios de proporcionalidad y tipicidad, no fundamentan ni justifica la cuantía y las restricciones impuestas.

Puede aseverarse que el derecho a obtener una resolución motivada hace a la esencia del principio constitucional del debido proceso, independientemente del resultado que pueda tener, de ahí que el procesalista uruguayo Eduardo Couture en sus "Estudios Procesales de Derecho Procesal Civil, Tomo I. Pág. 46 señala: "**El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Solo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere**"y dichas razones solo puede obtenerlas mediante una Resolución motivada y fundamentada que constituye el sustento racional del pronunciamiento

## 2.2 Sobre la prescripción de las infracciones.-

El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS 602/2003 la Ley de Seguros disponen que las **infracciones** prescriben a los dos (2) años a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivas de la infracción.

La prescripción parte de reconocer que los efectos del transcurso del tiempo acarrearán la pérdida del “*ius puniendi*” del estado causando la pérdida de la posibilidad **de sancionar** el incumplimiento de las normas.

Es de especial importancia, anotar que el fenómeno de la prescripción no se produce automáticamente por el vencimiento del término preclusivo, sino que debe ser alegado por el interesado, así lo precisa Fernando Hinestrosa, en su texto “Tratado de las Obligaciones”, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición: “...**la prescripción no tiene efecto ope legis o per ministerium legis, sino ope exceptionis, o mejor dicho, que requiere su invocación y que el juez, acogiéndola, desestime la pretensión del acreedor y declare extinguido su derecho en razón de declarar prescrita la obligación del excepcionante, o, en su caso, pronuncie sentencia estimatoria de la demanda de prescripción intentada por el deudor, con los mismos efectos**”.

Significa lo anterior, que el interesado ostenta la capacidad dispositiva frente a la prescripción, lo que le permite incluso, renunciar a ella, si así lo considera necesario.

Aunque nuestra economía jurídica administrativa no lo reconoce expresamente, la doctrina, jurisprudencia y precedentes administrativos, se han encargado de desarrollar las llamadas infracciones continuadas y sucesivas (que por su naturaleza admiten la subsanación) y las infracciones instantáneas; para las primeras se establece como forma de computar el plazo de la prescripción el cese de la continuación de la infracción, mientras que para las segundas la prescripción se inicia desde la comisión de la infracción.

Aplicando lo expuesto al caso concreto, se tiene que la ASFI, no fundamenta ni motiva la prescripción alegada por lo siguiente:

- No motiva ni fundamenta por qué las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. son consideradas permanentes y continuadas y cuáles son los efectos que se han mantenido en el tiempo, o en su defecto porque no fueron consideradas instantáneas.
- No motiva ni fundamenta aspectos tales como fechas exactas en que se hubiere cometido cada una de las infracciones sean permanentes o instantáneas, limitándose a señalar períodos de tiempo, sin considerar los plazos que otorga la norma por el incumplimiento cometido, así como

los casos en que se hubiere presentado la denuncia como **hecho interruptivo** de la prescripción.

### **2.3 Sobre la naturaleza insubsanable de las infracciones.-**

Respecto al argumento principal alegado por el recurrente Sr. Luis Artemio Lucca, en todos sus memoriales presentados, la ASFI no ha motivado ni fundamentado:

- Cuál la naturaleza de las infracciones cometidas por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.
- Cuáles son los elementos constitutivos de las infracciones leves, graves e insubsanables y qué conductas se adecuan a los supuestos de hecho normativos para la materialización de la sanción, de la tipificación de cargos realizada.
- Cuál es el nexo causal para la determinación de una u otra sanción.
- No ha motivado ni fundamentado la solicitud de pronunciamiento expreso de cómo es posible que la Compañía Alianza Vida pueda enmendar o corregir los cargos 1 al 7, si en la RA 085/2009.

Por lo expuesto y de hecho, así como no puede hablarse de una justa decisión si falta una determinación verdadera de los hechos de la causa, del mismo modo no puede hablarse de una decisión motivada si la ASFI no ha indicado específicamente y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases cognoscitivas, la correcta aplicación de las normas, los criterios de valoración y las inferencias que justificaron la valoración de la prueba para haber llegado a la decisión final contraviniendo lo dispuesto por el artículo 28 inciso e) de La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, que establece de manera insoslayable que: **“los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un ‘fundamento’, y expresar de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable”** por lo que la actuación contraria ha quebrantado las disposiciones del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo haciendo que el acto jurídico genere indefensión a los participantes del procedimiento administrativo.

Asimismo, en cuanto a la gravedad de las infracciones, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha individualizado cada infracción, limitándose a imponer el mismo monto de sanción, pese a “considerar” en sus dos Resoluciones normativa sancionatoria diferentes, sin tomar en cuenta la propia Ley de Seguros.

### **2.4 Sobre la vulneración del principio del “non bis in idem”**

Respecto a este argumento, la Compañía recurrente ha citado la doctrina y jurisprudencia aplicable, en base a ello se ha llegado a establecer que no ha existido vulneración al principio del “non bis in idem” por lo siguiente:

- a) Conforme los antecedentes del proceso administrativo, se evidencia, que el único procedimiento administrativo sancionatorio que se encuentra vigente y goza de todos sus efectos jurídicos es el presente proceso que generó la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de 11 de agosto de 2009 y la Resolución Administrativa ASFI N° 312 de fecha 06 de octubre de 2009, por cuanto las anteriores Resoluciones Administrativas sancionatorias del caso de autos, fueron anuladas, mediante Resoluciones Jerárquicas, siendo la última la SG SIREFI N° 104/2007 de 29 de noviembre del 2007 y consecuentemente por la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 1074 de 17 de diciembre de 2007.
- b) Para que exista vulneración al principio del *non bis in idem* tienen que presentarse de manera concurrente las tres identidades: sujeto, hecho y fundamento faltando uno de ellos no se configura la vulneración.

Alianza Vida S.A. alega que ya se habría impuesto en otros procesos sanciones por los cargos 4 y 6. Aplicando lo descrito en el inciso b) se tiene: Si bien existe identidad en el sujeto pasivo (Alianza Vida), no ocurre lo mismo con el sujeto activo denunciante (en el presente caso Luis Artemio Lucca y en la Resolución Sancionatoria SPVS-IS 686/2004 Carolina NecRoosso y Carlos Vilaseca); hecho (no registro del reasegurador) y fundamento (incumplimiento de la disposición...); de ello se infiere que al no haberse presentado de manera concurrente las tres identidades no se materializó la vulneración del Principio *Non bis in idem*.

### **3. ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.-**

Conforme se estableció en los precedentes administrativos emitidos mediante Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a defectos de forma, cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 37 norma la convalidación y saneamiento procesal de los actos anulables disponiendo en su párrafo I lo siguiente: "*Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.*"

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión del recurrente causal fundamental para su aplicación.

Por lo tanto, al haberse evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha transgredido tanto al derecho a la petición como al debido proceso administrativo y al derecho del recurrente a obtener una respuesta fundada tanto fáctica como jurídicamente, y habiéndose provocado, por lo tanto un estado de

indefensión en los recurrentes, generando la anulabilidad del procedimiento administrativo.

Que, por lo tanto, la fundamentación y motivación de un acto de autoridad resulta requisito sine qua non de su propia existencia, siendo que en el presente caso no ha existido nexo causal entre lo pedido y lo resuelto, no encontrándose motivación en los actos administrativos emitidos por la ASFI, que permita al recurrente o denunciante, la convicción de que los preceptos jurídicos citados se hacen aplicables al caso, es decir, no se han expuesto los razonamientos lógico jurídicos que demuestren que las hipótesis normativas de los artículos invocados se materializaron en la situación de hecho resuelta.

Que, por lo expuesto la inobservancia de tales elementos da lugar a que el acto administrativo adolezca de anulabilidad por encontrarse realizado en forma contraria a lo que establece el artículo 28 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que en su parte conducente, literalmente regula que el acto administrativo “deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto (...)”

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizado el control de legalidad de los actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hoy impugnados, se ha verificado que los mismos no han seguido el procedimiento administrativo, derivando en la determinación de anulabilidad, por la fundamentación dada en el Considerando anterior, limitando de esta manera a esta instancia jerárquica pueda validar los vicios encontrados, y por lo tanto pronunciarse sobre el fondo mismo de los recursos interpuestos, debiendo cual en derecho corresponde previamente regularizarse el procedimiento por quien las emitió en uso de sus atribuciones.

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo cuando exista indefensión del recurrente.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.-ANULAR** el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de fecha 11 de agosto de 2009 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitir nueva Resolución Administrativa



pronunciándose sobre todos los aspectos alegados por los recurrentes y tomando en cuenta la parte considerativa de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





## **RECURRENTE**

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

AP/DJ N° 153/2009 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2009

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2010 DE 05 DE ABRIL DE 2010

## **FALLO**

**CONFIRMA TOTALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2010**

La Paz, 5 de abril de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 153.2009 de 06 de noviembre de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 57.2009 de 04 de septiembre de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 016/2010 de 30 de marzo de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 26 noviembre de 2009, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por Marioly Aguilera Rosado, tal como acredita el Testimonio Poder No. 627/2008 de 24 de noviembre de 2008, otorgado por ante Notaría de Fe Pública No. 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 153.2009 de 06 de noviembre de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 57.2009 de 04 de septiembre de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/1593/2009 con fecha de recepción de 01 de diciembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 153.2009 de 06 de noviembre de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 57.2009 de 04 de septiembre de 2009; recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 04 de diciembre de 2009, notificado el 08 de diciembre de 2009.

Que, en fecha 13 de enero de 2010, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**.

## CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### 1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ Nº 57.2009 DE 04 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ Nº 57.2009 de 04 de septiembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

**“PRIMERO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el **Cargo Nº 1**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us. 1.500 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) calificado como gravedad leve, por infracción a lo dispuesto en los puntos Primero, Segundo y Cuarto del Anexo I del Reglamento para el horario de atención al público en la Administradoras de Fondos de Pensiones, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1201 de 23 de diciembre de 2005.

**SEGUNDO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el **Cargo Nº 2**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us. 1.000 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS

UNIDOS DE AMÉRICA) calificado como gravedad leve, por infracción a lo dispuesto en el punto Tercero del Anexo I del Reglamento para el horario de atención al público en la Administradoras de Fondos de Pensiones, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 1201 de 23 de diciembre de 2005.

**(...) CUARTO.-** Sin perjuicio de la sanción establecida en la presente Resolución Administrativa para el **Cargo N° 1** en caso de evidenciarse que como consecuencia de la infracción por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, se causó daño o perjuicio a cualquier persona natural o jurídica que tenga interés o relación directas o indirecta con alguno de los servicios que presta la AFP, dichos casos individualmente considerados serán sujetos según corresponda, al proceso administrativo correspondiente en el marco de la normativa vigente."

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 19 de octubre de 2009, **PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANONIMA**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 57.2009 de 04 de septiembre de 2009, presentando la siguiente argumentación:

### **“...II ANTECEDENTES:**

*En fecha 29 de septiembre del año en curso, BBVA PREVISIÓN AFP fue notificada con la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 057 (sic) pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en fecha 29 de septiembre de 2009, resolviendo Sancionar económicamente a esta Administradora de Fondos de Pensiones por contravenir la Resolución Administrativa SPVS-IP 1201 de fecha 23 de diciembre de 2005.*

### **III.- FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN:**

*La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros imputa con dos (2) cargos a BBVA Previsión AFP S.A. con la nota SPVS-IP 391/2009 de 30 de marzo de 2009. El cargo N° uno (1) manifiesta "ha mantenido durante los días 24 y 31 de diciembre de 2008, abiertas sus oficinas en horario menor al mínimo obligatorio, infringiendo lo dispuesto en los puntos Primero, Segundo y Cuarto del Anexo I del Reglamento para el horario de atención al público ... ". El cargo N° dos (2) expresa: "no envió a la SPVS el horario de atención al público de cada una de sus agencias, hasta el 31 de enero de las gestiones 2008 y 2009 respectivamente, tampoco remitió la nota comunicando el cambio de horario de atención al público con diez días de anticipación".*

*La Autoridad en Pensiones con referencia a los cargos sanciona económicamente a BBVA Previsión AFP S.A. con la R.A. AP/DJ/N° 57 de fecha 04*

de septiembre de 2009, sustentando la sanción para el cargo N° uno (1) manifestando: "... Respecto a la comunicación del cambio de horario para los días 24 y 31 de diciembre de 2008, remitida por la AFP a la ex. Intendencia de Pensiones, mediante nota PREV-RRHH-161-08 de 23 de diciembre de 2008 y presentada en la ex SPVS el 26 de diciembre de 2008; ratifica el incumplimiento a la norma imputada al establecer que la comunicación realizada por la AFP, no coincide con ninguna de las situaciones especiales para suspender la atención al público prevista por el artículo cuarto de la R.A. 1201/05".

Es de conocimiento de su autoridad que las fechas 24 y 31 de diciembre, dentro de las tradiciones y bolivianas por las connotaciones costumbres nacionales, son fechas especiales para todas las familias religiosas y de fe cristiana que tienen, fechas en las que todas las entidades (públicas y privadas) se encuentran sujetas a un horario especial en el desempeño de sus actividades y en beneficio de sus trabajadores.

Como prueba de ello, el Ministerio de Trabajo ha emitido los Comunicados signados con los N° 15 y 16 de fechas 23 y 29 de diciembre, en los que dispone jornada continua en la Administración Pública de horas 8:00 a 16:00. En el mismo comunicado otorga facultades, a las empresas del sector privado, para acomodar la disposición de horario continuo, considerando las modalidades de trabajo de cada una de ellas.

Ninguno de los comunicados emitidos por el Ministerio de Trabajo prohíben que las jornadas de trabajo de fechas 24 y 31 de diciembre de 2008, sean inferiores a las ocho horas en las empresas privadas, razón porque tampoco debe tomarse como incumplimiento a la disposición administrativa emitida por esa autoridad competente.

El Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS-IP 1201 de fecha 23 de diciembre de 2005, en su Artículo cuarto norma casos concretos con referencia a la **SUSPENSIÓN DE ATENCIÓN AL PÚBLICO EN SITUACIONES ESPECIALES**, situación que importa a toda jornada laboral en situaciones que se encuentran descritas en los numerales 1, 2 y 3.

La decisión de BBVA Previsión AFP S.A. para atender a los Clientes en horarios especiales en fechas 24 y 31 de diciembre no deben ser tomadas como una contravención a la citada Resolución Administrativa, porque la decisión fue adoptada al amparo de lo establecido en los Comunicados del Ministerio de Trabajo N° 15 y 16 que facultan a las empresas privadas a acomodar su horario de atención de acuerdo a las negociaciones que existan entre el Empleador y sus trabajadores, decisión que se hizo conocer a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros una vez que se tomó la decisión y obviamente fue después de la fecha de emisión (sic) de los citados comunicados que tienen como fecha de emisión el 23 y 30 de diciembre de 2008.



Es importante anotar que la relaciones laborales se encuentran normadas por la Ley General del Trabajo, su reglamento y demás disposiciones complementarias y que en esta materia de derecho existe los aforismos jurídicos de: **"in dubio pro operario"**, **"de la condición más beneficiosa"**, **"el principio intervencionista del Estado"**; principios recogidos por la legislación laboral boliviana y en especial por el Decreto Supremo 28700 de fecha 01 de mayo de 2006, principios que refieren que: "en caso de existir duda sobre la interpretación de una norma, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador", "la norma debe ser respetada, en la medida que sea más favorable al trabajador, ante la nueva norma que se ha de aplicar" y "el Estado a través de órganos y tribunales competentes ejerce tuición en el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores y Empleadores".

Estos principios legales fueron acatados y practicados por BBVA Previsión AFP S.A. al momento de adoptar la decisión de otorgar tolerancia a la jornada de trabajo por las fechas que se sanciona, no puede sancionarse a BBVA Previsión AFP S.A. por dar cumplimiento a preceptos legales específicos que regulan las relaciones de trabajo entre la empresa y sus trabajadores.

Es de extrañar que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros inicie proceso sancionatorio a BBVA Previsión AFP S.A. por la implementación de un horario especial para las fechas 24 y 31 de diciembre, y que termine con una sanción, siendo que, la administración pública, en cumplimiento a los comunicados del Ministerio de Trabajo, se beneficio con una jornada de trabajo menor a las 8 horas dispuestas por el Ministerio de Trabajo en las fechas citadas.

La Autoridad en Pensiones con referencia al cargo dos (2) sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. con la R.A. AP/DJ/Nº 57 de fecha 04 de septiembre de 2009, sustentando la sanción para este cargo manifestando: "... no envió a la ex SPVS el horario de atención al público cada una de sus agencias, hasta el 31 de enero de las gestiones 2008 y 2009 respectivamente, tampoco envió la nota comunicando el cambio de horario de atención al público con diez días de anticipación previos a su aplicación", "Por tanto, al incumplir la AFP en el plazo establecido por la comunicación de los horarios de atención al público al ente regulador, que de conformidad al artículo Tercero de la R.A. 1201/2005, debió ser comunicada con 10 días de anticipación"

Con referencia a esta Sanción, cabe manifestar que el Artículo tercero de la R.A. SPVS-IP 1201 no debe ser descontextualizado en su interpretación, por los siguientes argumentos:

La entonces SPVS en el ejercicio de sus funciones establece una norma de horario mínimo de atención, caracterizada por ser un horario obligatorio de atención sin interrupción alguna durante el tiempo comprendido entre las 9:00 y

las 17:00.

*Partiendo del principio legal de que las Resoluciones Administrativas son de cumplimiento obligatorio para las entidades reguladas por la entonces SPVS, estas no tienen facultad para modificar el horario de atención en días ordinarios, salvo lo dispuesto por el Artículo dos y cuatro, entonces resulta por demás contradictorio que los regulados tengan la obligación de informar el horario de atención obligatorio de sus oficinas, más aún cuando no existen modificaciones a los horarios habituales.*

*La obligación de informar al ente regulador, con referencia al horario de atención de las oficinas, nace siempre y cuando el horario establecido es ampliado a un tiempo mayor de las ocho (8) horas fijadas por la Resolución Administrativa SPVS-IP 1201/2005.*

*Desde la fecha de emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IP 1201 a la fecha en que se nos sanciona BBVA Previsión AFP S.A. no ha ampliado sus horarios de atención en ninguna de sus oficinas, motivo por el que resulta contradictorio a la normativa citada, informar al ente regulador el horario de atención obligatorio establecido por la citada disposición administrativa.*

*Con referencia al incumplimiento del plazo de los diez (10) días de anticipación en el comunicado de cambio de horario de atención al público en fechas 24 y 31 de diciembre de 2008 reiteramos a su autoridad el hecho de que esta Administradora decidió modificar dicho horario por las fechas indicadas al amparo de los comunicados del Ministerio de Trabajo N° 15 y 16 emitidos en fechas 23 y 30 de diciembre de 2008, motivo por el que el cumplimiento del plazo de diez días para comunicar la tolerancia otorgada fue materialmente imposible de cumplir..."*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 153.2009 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 153.2009 de 06 de noviembre de 2009, resuelve confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ N° 57.2009 de 06 de noviembre de 2009, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

#### **"CONSIDERANDO:**

*Que, en función a los argumentos planteados y la documentación presentada por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria del 19 de octubre de 2009, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:*

*Que, BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria busca justificar su actuar argumentando que los días 24 y 31 de diciembre de 2008 son fechas*

especiales, por la connotación religiosa y de fe cristiana que tienen, siendo que esta afirmación se aplica únicamente al 25 de diciembre fecha que corresponde a la Navidad. En ese entendido es importante recordar al regulado que el Artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1201 de 23 de diciembre de 2005 (R.A. 1201/2005), señala expresamente que bajo ningún concepto, las AFP, pueden dejar de atender al público, en el horario establecido por normativa, salvo situaciones detalladas para los siguientes eventos:

1. Cuando la administración del Gobierno Central o las Prefecturas de Departamento dispongan excepcionalmente la suspensión de todas las actividades públicas y privadas.
2. Feriados Nacionales o Departamentales, según el Departamento donde se presta el servicio.
3. Cuando la gerencia de la AFP con la intención de precautelar la seguridad del personal, Afiliados, Beneficiarios y otros clientes, estimen como medida de prudencia en el caso de desastres naturales, manifestaciones violentas, ocupaciones indebidas de instalaciones, actos de terrorismo, amenazas, y falta de garantías en la seguridad y funcionamientos en sus instalaciones y operaciones, situación que debe ser oportunamente informada al ente regulador.

Que, de lo anteriormente expuesto, no se considera como una de las salvedades previstas por la norma, el día previo a los feriados oficiales y nacionales, en especial aquellos establecidos en la gestión 2008.

Que, el Ministerio de Trabajo mediante los Comunicados Nº 15 y 16 de 23 y 29 de diciembre, respectivamente, determinó lo siguiente:

“..... se dispone para la Administración Pública jornada continua de trabajo de horas 8:00 a.m. hasta horas 16:00 p.m...”

Las empresas e instituciones del sector privado deberán adecuar esta determinación (el subrayado es nuestro) por acuerdo entre partes, considerando sus modalidades de trabajo”.

Que, de lo anterior se concluye que el Ministerio de Trabajo al señalar "esta determinación", se refiere a la jornada continua de ocho (8) horas de trabajo, horario incumplido por parte de BBVA Previsión AFP S.A., en las Oficinas de Atención al Cliente a nivel nacional, y en especial a lo dispuesto en los puntos Primero, Segundo y Cuarto del Anexo 1 del Reglamento para el horario de atención al público, aprobado mediante R.A. 1201/2005. En este sentido, los argumentos interpuestos por BBVA Previsión AFP S.A. no tienen validez, debiendo

*mantenerse la observación al incumplimiento de la normativa imputada; misma que en ningún momento fue recurrida por el regulado.*

*Que, la AFP en otro argumento indica que ninguno de los comunicados emitidos por el Ministerio de Trabajo, prohíbe que las jornadas de trabajo de fechas 24 y 31 de diciembre de 2008, sean inferiores a las ocho (8) horas en las empresas privadas, por lo que no habría incumplimiento a normativa administrativa. Al respecto, corresponde indicar que por mandato de la Ley N° 1732 de Pensiones, el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el ente regulador y la normativa reglamentaria emitida, las AFP son responsables de la administración, atención y el otorgamiento de las prestaciones provenientes de los regímenes Contributivo y no Contributivo dentro de los horarios que fueron señalados en normativa vigente; más aún cuando estas perciben una comisión por los servicios prestados y ejercen la representación de los Afiliados ante otras entidades. Por lo que un razonamiento contrario al expuesto significa la vulneración a las disposiciones legales y contractuales que rigen el Seguro Social Obligatorio de largo plazo entre otros, de las cuales forma parte como operador la AFP.*

*Que, BBVA Previsión AFP S.A. también en el Recurso de Revocatoria realiza una interpretación de lo dispuesto en el Artículo Tercero de la **R.A. 1201/2005**, al señalar que la obligación de informar al ente regulador nace siempre y cuando el horario establecido es ampliado a un tiempo mayor al de las ocho (8) horas fijadas. Al respecto, es necesario recordar al regulado que la norma aludida establece con meridiana claridad que **hasta el día 31 de enero de cada año o día hábil posterior**, cada AFP hará llegar al ente regulador el horario de atención al público de cada una de sus agencias; situación que fue omitida por la AFP para la gestión 2008, y acatada en la gestión 2009, debido a que, mediante nota PREV/CO/020/2009 de 29 de enero de 2009, la AFP comunica al ente regulador lo siguiente: "En cumplimiento del artículo Tercero del Reglamento para el Horario de Atención al Público en las Administradoras de Fondos de Pensiones ... por la presente, comunicamos el horario de atención al público en cada una de nuestra (sic) agencias para la gestión 2009 ...".*

*Que, del párrafo anterior se establece que la AFP siempre tuvo conocimiento de los procedimientos y plazos señalados en la normativa vigente, al expresar en sus notas el deber de comunicar al ente regulador el horario a ser aplicado en cada gestión, independientemente de los cambios surgidos respecto al año anterior.*

*Que, por lo expuesto anteriormente, se concluye que la AFP no ha presentado los argumentos suficientes para que la multa impuesta deba ser revocada, debiendo por consecuencia ratificarse la sanción.*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el ente regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la **R.A. 57.2009**. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "1 Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

Que, de conformidad con el Artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 publicado el 25 de septiembre de 2003, la AP, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos siguientes a la interposición del recurso de revocatoria, para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que, el artículo 61 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP ha cumplido con el procedimiento previsto en el Artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997..."

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 26 de noviembre de 2009, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ N°153.2009 de 06 de noviembre de 2009, expresando lo siguiente:

##### **"...III.- EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN:**

##### **Agravios:**

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, en la confirmación de la resolución de Sanción AP/DJ/N° 57/2009 manifiesta los siguientes fundamentos:

(...)

##### **"Fundamentos de la Impugnación:**

Los argumentos expuestos por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones para confirmar la sanción económica impuesta contra BBVA Previsión AFP S.A. con la R.A. AP/DJ/Nº 57 de 04 de septiembre de 2009, no reconocen nuestros argumentos con referencia a la connotación especial que tiene las jornadas laborales previas a las fiestas de "Navidad" y de "Fin de Año", pese a que el Poder Ejecutivo si ha reconoció (sic) este extremo con el sólo hecho de emitir comunicados a través del Ministerio del Trabajo, disponiendo para las fechas 24 y 31 de diciembre una jornada laboral extraordinaria diferente a la ordinaria, comunicados que se pusieron a conocimiento del público en general 24 horas de anticipación a las fechas 24 y 31 de diciembre.

Por otro lado, el hecho de que esta Administradora tenga suscrito un Contrato de Prestación de Servicios y cobre una comisión por los mismos, no debe ser tergiversado con el hecho de no dar curso a las solicitudes de sus dependientes que se sustentan en disposiciones legales que regulan las relaciones laborales. El cobro de comisiones se encuentra estipulado en el Contrato de Prestación de Servicios en su cláusula décimo quinta, es más, el derecho ha (sic) percibir una comisión se encuentra establecido en la propia Ley 1732 en el Artículo 32 con el nomenjuris de "Servicios y Comisiones", artículo que establece el derecho a cobrar una comisión por los servicios de administración de portafolio, de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, y por el pago de pensiones del seguro social obligatorio.

Conforme a lo expresado precedentemente y ante el reconocimiento del Poder Ejecutivo de que las jornadas laborales de fechas 24 y 31 de diciembre tienen una connotación especial, por las tradiciones y costumbres religiosas nacionales y de fe cristiana para las familias bolivianas. Esta Administradora tome la decisión de trabajar en horario diferente en las indicadas fechas, bajo el amparo de los comunicados del Ministerio de Trabajo y considerando que desde siempre que todas las entidades (públicas y privadas) se encuentran sujetas a un horario especial en el desempeño de sus actividades en estas fechas en beneficio de sus trabajadores.

El reconocimiento del Estado a través del Ministerio de Trabajo se evidencia con la emisión de los Comunicados signados con los Nº 15 y 16 de fechas 23 y 29 de diciembre, en los que dispone jornada continua de horas 8:00 a 16:00 para la Administración Pública.

En ambos comunicados, el Ministerio de Trabajo otorga facultades a las empresas del sector privado para acomodar la disposición de horario continuo, considerando las modalidades de trabajo de cada una de ellas. Ninguno de los comunicados prohíbe que las jornadas de trabajo en las empresas privadas de fechas 24 y 31 de diciembre de 2008, sean inferiores a las ocho horas establecidas como obligatorias para el sector público, razón por la que esta

Administradora considera que actuó de acuerdo a las disposiciones que regulan las jornadas de trabajo de las fechas por las que se le sanciona.

La decisión de trabajar en un horario especial en fechas 24 y 31 de diciembre y diferente al horario ordinario establecido, no es una contravención a la Resolución Administrativa SPVS-IP 1201 de fecha 23 de diciembre de 2005; porque la citada Resolución no prevé estos casos y mucho menos cuando existe comunicaciones del Ministerio de Trabajo (N° 15 y 16) que facultan a las empresas privadas acomodar su horario de atención de acuerdo a las negociaciones que existan entre el Empleador y sus trabajadores. Decisión que se hizo conocer a la Superintendencias (sic) de Pensiones, Valores y Seguros una vez que se tomó la decisión, hecho que obviamente fue después de la fecha de misión (sic) de los citados comunicados que tienen como fecha de emisión el 23 y 30 de diciembre de 2008.

Es importante anotar que el horario de atención al cliente no únicamente se encuentra regulada por la R.A. 1201. El horario de atención (jornada de trabajo de las relaciones laborales) se encuentra reguladas también por la Ley General del Trabajo, su Reglamento y demás disposiciones complementarias y que en esta materia de derecho laboral existe los aforismos jurídicos de: **"in dubio pro operario"**, **"de la condición más beneficiosa"**, **"el principio intervencionista del Estado"**; principios recogidos por la legislación laboral boliviana y en especial por el Decreto Supremo 28700 de fecha 01 de mayo de 2006. Estos principios se refieren a que: "en caso de existir duda sobre la interpretación de una norma, se debe preferir aquella interpretación más favorable al "Trabajador", "la norma debe ser respetada, en la medida que sea más favorable al trabajador, ante la nueva norma que se ha de aplicar" y "el Estado a través de órganos y tribunales competentes ejerce tuición en el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores y Empleadores".

Estos principios legales fueron acatados y practicados por BBVA Previsión AFP S.A. por dar cumplimiento a preceptos legales específicos que regulan las relaciones de trabajo entre la empresa y sus trabajadores.

Es de extrañar que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros inicie proceso sancionatorio a BBVA Previsión AFP S.A. por la implementación de un horario especial para las fechas 24 y 31 de diciembre, y que termine con una sanción, siendo que, la administración pública, en cumplimiento a los comunicados del Ministerio del Trabajo, se benefició con un jornada de trabajo extraordinaria dispuesta por el Ministerio de Trabajo en las fechas citadas con los comunicados N° 15 y 16.

En el entender de la Administradora, el Artículo tercero de la R.A. SPVS-IP 1201 establece un horario obligatorio de atención sin interrupción alguna durante el tiempo comprendido entre las 9:00 y las 17:00 que las entidades que operan el

*Seguro Social Obligatorio deben cumplirlo por el principio legal de que las Resoluciones Administrativas son de cumplimiento obligatorio para las entidades reguladas por la entonces SPVS.*

*Ninguna de las entidades que operan en el Seguros Social Obligatorio tiene la facultad para modificar el horario de atención en días ordinarios. La obligación de informar al ente regulador, con referencia al horario de atención de las oficinas, nace siempre y cuando el horario establecido se amplía a un tiempo mayor a las ocho (8) horas fijadas por la Resolución Administrativa SPVS-IP 1201/2005.*

*Desde la fecha de la emisión de la citada Resolución hasta nuestros días BBVA Previsión AFP S.A. no ha ampliado sus horarios de atención en ninguna de sus oficinas, motivo por el que resulta contradictorio a la normativa citada, informar al ente regulador el horario de atención obligatorio establecida en la citada disposición administrativa.*

*Con referencia al incumplimiento del plazo de los (10) días de anticipación el comunicado de cambio de horario de atención al público en fechas 24 y 31 de diciembre de 2008, reiteramos a su autoridad el hecho de que esta Administradora decidió modificar dicho horario por las fechas indicadas al amparo de los Comunicados del Ministerio de Trabajo N° 15 y 16 emitidos en fechas 23 y 30 de diciembre de 2008, motivo por el que el cumplimiento del plazo de diez días para comunicar la tolerancia otorgada fue materialmente imposible de cumplir...”*

## **5.- EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-**

En fecha 13 de enero de 2010, se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos expuestos por el recurrente en el que ratifica los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto haciendo hincapié a los comunicados Nos. 15 y 16 emitidos por el Ministerio de Trabajo en fechas 24 y 31 de diciembre de 2008, aspecto que impidió al recurrente comunicar al órgano de regulación con la anticipación establecida en la Resolución administrativa SPVS-IP N° 1201 de 23 de diciembre de 2005.

### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Fiscalización



y Control Social de Pensiones, lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Que, dentro del presente contexto tenemos que el órgano de fiscalización impuso una sanción a BBVA Previsión AFP S.A. sobre la base de dos cargos imputados; el primero sobre la atención en un horario menor al determinado en normativa los días 24 y 31 de diciembre de 2009, y el segundo sobre la omisión de remitir el horario de atención al público de cada una de sus agencias hasta el 31 de enero y la omisión de comunicación del cambio de horario de atención al público con diez (10) días de anticipación previos a su aplicación. Corresponde entonces realizar una compulsión adecuada sobre las infracciones cometidas y la sanción impuesta por el ente fiscalizador.

## **1. SOBRE LAS INFRACCIONES REFERIDAS A CAMBIO DE HORARIO Y FALTA DE COMUNICACIÓN.-**

De acuerdo a lo fundamentado por el recurrente; este se ampara de manera categórica en el instructivo emitido por el Ministerio del Trabajo en el que dispone para la Administración Pública jornada continua de trabajo los días 24 y 31 de diciembre de 2009 y determinando a su vez que el sector privado debería adecuar esta determinación por acuerdo entre partes considerando sus modalidades de trabajo.

Por otro lado tenemos que la Resolución Administrativa SPVS/IP 1201 de 23 de diciembre de 2005 que aprueba el Reglamento para el horario de atención al público en las Administradoras de Fondos de Pensiones establece de forma expresa que el horario de atención al público no podrá ser menor a ocho (8) horas diarias en forma ininterrumpida; disponiendo también que cualquier modificación a los horarios establecidos deberán ser comunicadas al regulador mediante nota con diez (10) días de anticipación.

Ahora bien en los hechos tenemos que BBVA Previsión AFP S.A., los días 24 y 31 de diciembre de 2009 prestó la atención al público en todas sus agencias en un horario menor al determinado en la aludida disposición administrativa, argumentando el regulador que la implementación de un horario especial para la fechas señaladas se debe a un Instructivo publicado por el Ministerio del Trabajo.

Ahora bien, trayendo a colación la parte pertinente de los Comunicados 015/08 y 016/08 de 23 y 29 de diciembre de 2008 respectivamente, emitidos por la citada cartera de estado; estos disponen una jornada continua de trabajo para la Administración Pública de horas 08:00 a.m. hasta horas 16:00 p.m. los días 24 y 31 de diciembre de 2008.

En este contexto, se evidencia que la disposición administrativa que rige el horario de atención al cliente para las Administradoras de Fondos de Pensiones y los comunicados

emitidos por el Ministerio del Trabajo no son contradictorios entre sí; ya que el primero establece la obligatoriedad de atención al cliente no menor a ocho horas y el segundo dispone jornada continua de ocho horas laborales.

De acuerdo a lo señalado, BBVA Previsión AFP S.A. adecuó su actuar fuera de las dos disposiciones precedentemente señaladas realizando una interpretación alejada de todo contexto sobre lo que disponía los comunicados emitidos por el Ministerio del Trabajo.

Por otro lado no es legalmente sustentable justificar el incumplimiento de dos disposiciones congruentes entre sí, argumentado costumbres religiosas, sociales, culturales, etc.; puesto que las normas legales son de estricto y obligatorio cumplimiento no pudiendo sobreponerse a esta, convencionalismos sociales como lo es una "costumbre religiosa y de fe cristiana".

Otro aspecto que señala el recurrente es la imposibilidad de comunicar al regulador la decisión de cambio de horario con diez (10) días de anticipación, argumentado que los Comunicados 15/08 y 16/08 emitidos por el Ministerio del Trabajo fueron publicados con veinticuatro horas de anticipación a los feriados de navidad y año nuevo los que hacía "materialmente imposible" comunicar al regulador sobre el cambio de horario en plazo establecido.

De acuerdo a lo señalado precedentemente, analizando la documentación cursante en el presente recurso (Fs.33) se tiene que mediante nota PREV-RRHH-05-08 de 28 de enero de 2009 emitida por BBVA Previsión AFP S.A. a la Intendencia de Pensiones de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros señalando lo siguiente:

*"Punto 1.- "En fecha 23 de diciembre y 31 de enero (sic) del año 2008, el horario de atención al público en BBVA Previsión AFP fue de hrs. 9:00 AM a 14:30 PM, el mencionado horario fue comunicado al público en general mediante la publicación en distintas oficinas a Nivel Nacional, con la colocación de avisos informativos en las puertas de ingreso, esta misma información ha sido difundida a través de los paneles informativos en todas nuestras oficinas. **Las comunicaciones antes señaladas, fueron realizadas a partir del día 15 de diciembre del 2008.**"*(Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De acuerdo a lo glosado, se llega a evidenciar que BBVA Previsión AFP S.A. tomó la decisión de trabajar en horario especial (9:00 a 14:30), desde fecha 15 de diciembre de 2008, consecuentemente se infiere que el regulado tuvo el tiempo necesario para cumplir con lo dispuesto por el artículo tercero del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 1201 de 23 de diciembre de 2005 y comunicar al órgano de regulación con la antelación necesaria al cambio de horario realizado. Consecuentemente lo aseverado por el recurrente no es congruente con la documentación cursante, denotando una conducta inadecuada al pretender

confundir, tanto al órgano de regulación como a esta instancia jerárquica con argumentos contradictorios que claramente evidencian la infracción cometida por el administrado; conducta preterintencional que se adecua a lo establecido por el inc. c) del Artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997

Con referencia a los preceptos jurídicos que rigen en material laboral como “in dubio pro operario”, “de la condición más beneficiosa” y “el principio intervencionista del estado” a los que hace referencia el regulado; efectivamente dispone que en el caso de existirduda sobre la interpretación y/o aplicación de una norma, esta debe realizarse en sentido a la que mas favorezca al trabajador. Empero, de acuerdo a todo lo compulsado se tiene que las dos disposiciones legales a las que se pretende confrontar (R.A. SPVS/IP N° 1201 y los comunicados del Ministerio del Trabajo), llevan congruencia y armonía entre sí, disponiendo un horario de atención al cliente de ocho (8) horas y una jornada continua laboral de ocho (8) horas no teniendo porqué existir duda sobre la interpretación de ambas, menos invocar principios laborales que en el presente caso no aplican.

Consecuentemente, se tiene que los argumentos presentados por el recurrente no son legalmente sustentables para desvirtuar el cargo imputado.

## **2. SOBRE LA INFRACCIÓN REFERENTE AL PLAZO PARA COMUNICAR EL HORARIO DE ATENCIÓN DE LA SIGUIENTE GESTIÓN.-**

Con relación a la omisión de remitir el horario de atención al público de cada una de sus agencias hasta el 31 de enero, el recurrente no hace alusión al mismo, no exponiendo agravio alguno, lo que establece una aceptación tácita del recurrente sobre el cargo imputado no correspondiendo a esta instancia jerárquica realizar mayor análisis sobre el aludido cargo.

### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá **CONFIRMAR** la Resolución impugnada.

### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR** la Resolución Administrativa AP/DJ N°153.2009 de 06 de noviembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución

Administrativa AP/DJ N° 57.2009 de 04 de septiembre de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



## **RECURRENTE**

BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 378/2009 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 DE 06 DE ABRIL DE 2010**

**FALLO**

**ANULA**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010**

La Paz, 6 de abril de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** legalmente representada por el Sr. **Rubens Andre Moreira Piedras** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2009 de 6 de noviembre de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°017/2010 de 31 de marzo 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 26 de noviembre de 2009, el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** representado legalmente por el Sr. **Rubens Andre Moreira Piedrastal** como lo acredita el Testimonio Poder N° 1326/2009 de 20 de noviembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 007 a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna del Distrito Judicial de la Paz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2009 de 6 de noviembre de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 4 de diciembre de 2009, se ha admitido el Recurso Jerárquico presentado por el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.**, mismo que fue notificado el 9 de diciembre de 2009.

Que, el 11 de enero de 2010, a horas 15:30 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.**

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 229/2009 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-**

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

- "1. Sancionar al **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** con multa equivalente al 0,3% (cero coma tres %) del capital mínimo requerido por Ley, para este tipo de entidades, por haber incurrido en el incumplimiento al Art 5° Sección 2, Título VIII, Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y el artículo 1358 del Código de Comercio.*
- 2. La multa impuesta deberá ser depositada en la cuenta N° 4010695761 (Autoridad de Supervisión - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en el plazo máximo de 10 días hábiles computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir en los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*
- 3. En cumplimiento del Art 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A., debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro las 72 horas de efectuado el acto.'*

### **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 8 de octubre de 2009, el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT**



**S.A.**,interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009,argumentos que fueron expuestos en el Recurso Jerárquico, que se transcribe en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

### **3.RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 378/2009 DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2009 de 6 de noviembre de 2009,se confirma, en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

#### **“CONSIDERANDO:**

*Que, del análisis de los fundamentos expuestos por la representante legal del Banco Los Andes Procredit S.A. señora Frida Eugenia Luna Zelaya, se tiene las siguientes consideraciones:*

- *En relación al argumento de que la Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, no se referiría al descargo relacionado a la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) respecto a las retenciones ordenadas por Autoridad Judicial, dicha aseveración no corresponde por cuanto en el último párrafo de la página 5 de la referida Resolución se hace hincapié en que la competencia de la ASFI es privativa e indelegable ratificándose en el inciso b) del Artículo 7 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en lo que corresponde a la regulación y supervisión de actividades de intermediación financiera, en el marco de las Leyes y Reglamentos.*

*Por otra parte, con relación al cuestionamiento de la competencia de esta Autoridad de Supervisión respecto a su participación en las retenciones de fondos instruidas por autoridad judicial, dicha afirmación no considera que la competencia de la ASFI en este caso es amplia y clara por cuanto emana de la intermediación financiera sujeta a regulación de la ASFI, donde el objeto es el perjuicio que sufre el usuario por la omisión de la entidad en el cumplimiento de sus propios manuales o reglamentos internos o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, criterios desarrollados en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 02/2007 de 3 de enero de 2007.*

*Asimismo, y apelando a los criterios utilizados en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, la existencia de una controversia judicial tan poco suspende la competencia de la ASFI para adoptar medidas disciplinarias contra la entidad infractora y luego conductas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución jurídica de la administrado, cliente o simplemente usuario circunstancial de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participó.*

*En ese sentido, la Superintendencia General del SIREFI mediante Resolución Jerárquica SIREFI.DRJ-002/2007-EXP.02 de 3 de enero de 2007, dejó claramente establecido que 'la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la*

normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas) aplicables a las entidades de intermediación financiera independientemente de si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea'

Finalmente, es importante denotar que si el Banco Los Andes Procredit S.A. mantenía desacuerdo con el contenido y los procedimientos establecidos en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificaciones Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos (RFNRSF) contenido en el Título VIII Capítulo VII, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se encontraba en la opción de recurrir dicha norma regulatoria, aspecto que al no haber acontecido, demuestra que la entidad se sujetó a su cumplimiento.

- El argumento expuesto por el recurrente en el inciso b), tampoco es atendible por cuanto parte de un análisis equívoco en la interpretación de los alcances del RFNRSF, al decir que la remisión que efectúa dicho Reglamento al Artículo 1358 del Código de Comercio se refería sólo a Cuentas Corrientes, sin considerar que el Artículo 1371 del nombrado Código establece que 'En todo lo no previsto para depósitos de ahorro serán aplicables, en lo conducente, las disposiciones relativas a cuentacorrentistas, excepto el artículo 1354'
- Los motivos expuestos en los incisos c) d) e) y g) del recurso planteado por la representante legal del Banco Los Andes Procredit S.A., tampoco son atendibles por los mismos fundamentos enunciados en la evaluación de los argumentos contenidos en el inciso a) de la presente Resolución, referidos a la competencia de la ASFI para aplicar medidas disciplinarias correctivas, independientemente de la existencia o no de controversia judicial. En ese mismo sentido, cabe aclarar que las infracciones identificadas subsisten, independientemente del resultado del fallo final dentro el proceso que se ventila en instancia judicial.
- El razonamiento expuesto en el inciso f) del recurso, relacionado a la supuesta contradicción existente entre las Circulares que cita, y los fundamentos que dieron lugar a la Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, tampoco es atendible, puesto que las Órdenes Judiciales a las que se refieren las Circulares recopiladas por el recurrente (Todas ellas emanadas del despacho del Juez de Partido 2 del Trabajo y SS. Administrativo Coactivo Fiscal y Tributario de la ciudad de Sucre), expresan bajo responsabilidad de dicha Autoridad, la exclusión de las retenciones ordenadas para los fondos existentes en Cuentas de Ahorro, disposición que no alcanza a modificar los preceptos contenidos en el RFNRSF y el Código de Comercio. Asimismo, cabe recalcar que, en el caso presente, las actuaciones transcritas en la Orden Judicial contenida en el Oficio de 8 de octubre de 2008, dan cuenta que el reclamante señor Juan Federico Orihuela Pérez solicitó como medida precautoria la retención de fondos de todas las cuentas del ejecutado, sea en cuenta corriente o caja de ahorro, en moneda nacional o extranjera, petitorio al que dio curso el Juez ordenando se oficie a esta ASFI para la retención fondos solicitada del señor Manuel Baro Nuñez.
- Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, bajo el fundamento de que el Banco no obtuvo ningún beneficio, y por el contrario tuvo que erogar de su propio patrimonio los recursos para

*cubrir los fondos no retenidos, cabe establecer que la Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, ingresó en la valoración de la cuestión planteada en el recurso, al referirse en antepenúltimo y penúltimo párrafo a la agravación de la responsabilidad de la entidad y a la concurrencia de negligencia en los incumplimientos identificados.*

*Por otra parte, cabe aclarar que en el presente caso, si bien la entidad no obtuvo beneficio, como manifiesta en su solicitud de revocatoria, empero si ocasionó un perjuicio al reclamante al no cumplir oportuna y correctamente los procedimientos de retención y remisión de fondos establecidos en el RFNRSF.*

*Por último, y siguiendo los lineamientos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, la sanción impuesta al Banco Los Andes Procredit S.A. consideró los parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad, es decir a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable; b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente aprobado y; c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, si bien la Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, en su parte Resolutiva podía adoptar medidas tendientes a la restitución de la situación jurídica del reclamante, empero cabe considerar que antes de la emisión de la referida Resolución la instancia jurisdiccional dispuso la constitución de un depósito judicial por el monto demandado por el reclamante y no retenido por la entidad recurrente, cuyo perfeccionamiento a favor del señor Juan Federico Orihuela Pérez se encuentra sujeto a condición suspensiva, media que asegura, en función de los resultados del trámite judicial, el resarcimiento del reclamante.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, el Artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia determina que, las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo territorio boliviano.*

*Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, determinó que, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denomine Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores y seguros .*

*Que la aplicación de sanciones constituye una de las atribuciones conferidas por la Ley de Bancos y Entidades Financieras a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su condición de Órgano Regulador y Supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra reglamentada por las normas específicas contenidas en el Título XIII, Capítulo II, Sección I de la Recopilación de Normas para*

Bancos y Entidades Financieras, y se ajusta a los lineamientos establecidos en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que ratifica la jurisdicción administrativa y competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el párrafo IV del Artículo 1 de la Ley 3076 de Modificaciones a las Leyes N° 2427 del Bonosol, N° 2341 de Procedimiento Administrativo y N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, de 20 de junio de 2005, señala " que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actualmente ASFI) tiene competencia privativa indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros"

Que, la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras regula las actividades de intermediación financiera con el propósito de precautelar el orden financiero y promover un sistema financiero sólido confiable y competitivo, ámbito dentro el cual se encuentran comprendidas las entidades financieras bancarias, conforme lo dispone el Artículo 9 y siguientes de la citada Ley.

Que, por disposición del Artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en su primera parte, la administración de las entidades financieras bancarias, se encuentran sujetas a las disposiciones contenidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, el Código de Comercio y las disposiciones legales relativas a la materia y a sus Estatutos.

Que, el Artículo 99 de la citada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, determina que cuando las entidades financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y empleados contravengan sus previsiones legales y normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de sanciones administrativas, por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de conformidad a la atribución contenida en el Artículo 154 numeral 10 de la citada Ley

#### **CONSIDERANDO:**

Que, las entidades de intermediación financiera se encuentran obligadas a someter su administración a la inexcusable observancia de las disposiciones legales mencionadas precedentemente y las regulaciones prudenciales emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las que en el presente caso se refieren, entre otros, al cumplimiento del Código de Comercio y las disposiciones contenidas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras ..."

#### **4. ALEGATOS TERCERO INTERESADO.-**

Mediante memorial presentado en fecha 27 de enero de 2010, el Sr. JUAN FEDERICO ORIHUELA PEREZ, presenta alegatos como tercer interesado con los siguientes fundamentos:

**"...OTROSÍ 1ro.- Pide declarar infundado Recurso Jerárquico.** Conforme el estado del proceso descrito, el Banco Los Andes Procredit S.A. (en lo sucesivo la entidad infractora o recurrente) ha interpuesto innecesariamente un Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa ASFI N° 378/2009 de 6 de noviembre de 2009, dictada por la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI). En tal sentido respondo negativamente a dicho 'Recurso' bajo los argumentos siguientes:

**LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO TIENE COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL PARA IMPONER SANCIONES ADMINISTRATIVAS.**- La entidad infractora sostiene que la ASFI no tenía facultades 'Constitucionales' para imponer sanciones administrativas como las contenidas en las Resoluciones Nros 378/2009 y 229/2009 que les impuso la multa del 0.3 del capital mínimo requerido para apertura de este tipo de entidades. Que esta facultad es privativa únicamente del Poder Judicial conforme el art 179 de la CPE Vigente.

La entidad recurrente, **omite mencionar el art. 332 de la CPE que señala que las entidades financieras están reguladas por una Institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras (ASFI)** de derecho público a nivel nacional.

Por otro lado el art 137 del DS. N° 29894 de 7 de febrero de 2009 determina que, las Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denomine AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores y seguros.

La **APLICACIÓN DE SANCIONES CONSTITUYE UNA DE LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS por la Ley de Bancos y Entidades Financieras a la ASFI** en su condición de órgano regulador y supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra reglamentada por normas específicas contenidas en Título XIII, Capítulo II, Sección I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y se ajusta a los lineamientos establecidos en el DS. N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que ratifica la jurisdicción administrativa y competencia de la ASFI.

Por lo tanto, este argumento no corresponde ser considerado como agravio o lesión administrativa. Precisamente esta descrito en la Resolución Administrativa N° 378/2009 en su 4to CONSIDERANDO primer párrafo. Aparentemente no se (sic) ha dado lectura la entidad recurrente.

Respecto a las Cartas Circular ASFI/CR/147,153, 377, 365/2009, etc, etc.- que se presenta como 'descargo' debo señalar lo siguiente:

- TODAS ELLAS SON EMERGENTES DE LA ORDEN JUDICIAL DEL JUEZ 2do DE TRABAJO DE SUCRE DR. AQUILES ANDIA ROSSO (Solamente él y nadie más que él)
- EN NINGUNA DE ESTAS CARTAS CIRCULARES, ESE JUEZ SEÑALA QUE LAS CAJAS DE AHORRO SON INEMBARGABLES
- LA ASFI. SOLAMENTE HA TRANSMITIDO UNA ORDEN JUDICIAL, QUE NO SIGNIFICA ESTAR DE ACUERDO CON LA MISMA.
- LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ES PRIVATIVA DEL PODER LEGISLATIVO Y NO DE UN ÚNICO JUEZ DE TRABAJO EN SUCRE.

En consecuencia dichas 'Cartas Circulares' no pueden ser usadas en calidad de 'Descargo' pues las mismas NO DICEN NADA. Como de costumbre la entidad recurrente en forma aviesa y tergiversando el contenido de un simple documento administrativo (mismo origen, misma autoridad), pretende decir cosas que no se dijeron.

De ser lógico lo manifestado, cabe preguntarse ¿Qué objeto tendrían las órdenes judiciales de retención de cuentas bancarias?, ¿El patrimonio del deudor no constituye garantía general de los acreedores?, ¿Las entidades bancarias pueden discriminar órdenes judiciales de acuerdo a su "parecer y forma de interpretar la LEY"?

Finalmente cabe señalar que la ASFI NO ha impuesto una sanción pecuniaria a la entidad recurrente, amparando sus actos en el art. 1358 del Código de Comercio. La sanción que es motivo de Recurso ha sido impuesta al amparo de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras en su art. 28 y especialmente en el art. 99 de dicho cuerpo legal.

Asimismo **la infracción cometida por el banco recurrente, está TOTALMENTE PREVISTA, DETERMINADA Y ESPECIFICA (NO tipificada, pues dicho término solo se aplica a los delitos o tipos penales) en el art. 61 del REGLAMENTO DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Título XIII Capítulo II Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que delegan a la ASFI su análisis, evaluación y sanción.** La ASFI no ha hecho nada más que cumplir su obligación institucional, aplicando la normativa especial que por derecho corresponde.

Por lo tanto las Resoluciones ASFI 229/2009 y 378/2009 dictadas contra el Banco Los Andes Procredit S.A.; han sido emitidas correctamente y dentro de todo un marco legal vigente. Asumir lo contrario daría lugar a aplicar el adagio que dice 'No hay mas ciego que el que no quiere ver'. Por tanto este primer agravio no debe ser considerado.

**EL TRÁMITE JUDICIAL 'PENDIENTE' NO ES EXCLUSIVAMENTE PARA IMPONER LA SANCIÓN ADOPTADA.** Pongo a conocimiento de su autoridad que evidentemente existe un Trámite Judicial Pendiente en el Juzgado 4to. de Partido en lo Civil, que sostiene mi persona contra el Sr. Manuel Baro, donde es Depositario Judicial el Bco. Los Andes Procredit S.A.

Sin embargo señalo que dicha 'Tramitación Pendiente' fue promovida únicamente por el banco infractor, DESPUÉS DE QUE SE EJECUTORIO LA ORDEN DE PAGO CONTRA ESTA ENTIDAD INFRACTORA, y lo más insólito es que **ésta tramitación la formulan LUEGO DE PAGAR SU RESPONSABILIDAD** (Incidente de Nulidad Tercería Dominio Excluyente y Recurso Incidental de Inconstitucionalidad)

Adjunto en fotocopias Legalizadas el Auto de fs. 74 (Orden de Pago) y Auto de fs. 180-181- (Ejecutoria de pago) por la que pruebo que existe COSA JUZGADA sobre el conflicto que el mismo banco pretende se divisen Actos precluidos.

Sobre esta instrucción, su autoridad tendrá una referencia de la forma en que el **banco infractor 'pretende retrotraer Actos Firmes y con calidad de Cosa Juzgada'** en franca

actitud dolosa burlando tanto al Órgano Jurisdiccional y ahora pretende burlar a la instancia Administrativa.

Sin embargo sea cual fuere el resultado sobre la vicisitud o condición suspensiva pendiente a la que hacen referencia en el ámbito judicial **EL INCUMPLIMIENTO A ORDENES JUDICIALES POR PARTE DE ENTIDADES BANCARIAS, MERECE SANCIÓN ADMINISTRATIVA INCUESTIONABLE, INMEDIATA E INDEPENDIENTE AL RESULTADO DE UN PROCESO JUDICIAL PARALELO.**

Repito que esta sanción esta prevista en la Normativa Especial de la ASFI que paradójicamente coincide con el propio Reglamento del mismo banco.

Resulta absurdo que se sostenga que mi persona 'no sufrió ningún menoscabo'??? Como es posible afirmar esto cuando fui burlado en primera instancia por mi deudor y en segunda instancia por el banco que le permitió, coadyuvó a retirar mediante VEINTISÉIS OPERACIONES (13 depósitos y 13 retiros) POST ORDEN JUDICIAL y ahora la misma entidad bancaria pretende le sea devuelto ese dinero que dejo retirar a su cliente y se me debe cancelar de acuerdo a ley.

Como verá no solo soy víctima de la ineficiencia del banco infractor, sino que ahora debo sostener una disputa legal con esta entidad que desobedece órdenes judiciales administrativas y pretende quedar impune en toda forma de derecho.

Sobre el cuestionamiento que formula el Banco en su Recurso Jerárquico quisiera retrucar sus inquietudes de la siguiente manera ¿Qué ocurriría si la autoridad judicial confirma la orden de pago (precluida- Cosa Juzgada) en contra del Banco infractor? ¿Se devolverá la multa pecuniaria y luego se les volverá a pedir que cancelen nuevamente la sanción?

Demás resulta decir que **una eventual devolución de la multa impuesta a la entidad recurrente, podría generar responsabilidad administrativa y civil**, ya que el art 4 inc. A) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo establece que la función pública debe servir a los intereses de la colectividad, y por tanto actuar a favor de los intereses del Estado, más aún en este caso donde la Falta Administrativa es meridiana y ha sido incluso confesada por el banco recurrente. Por tanto este segundo agravio no debe ser considerado.

**LAS ORDENES JUDICIALES SOBRE RETENCIONES DE CUENTAS CORRIENTES Y CAJAS DE AHORRO SON OBLIGATORIAS INDISTINTAMENTE.** La entidad recurrente sostiene que el art. 1358 del Código de Comercio solamente es aplicable a retención de cuentas en Cuentas Corrientes y no en Cajas de Ahorro y que el art. 1371 del mismo código no menciona que las retenciones deban ser aplicadas a Cajas de Ahorro.

Este argumento es absurdo y las Resoluciones ASFI 229/2009 y 378/2009 han sido muy claras sobre este punto.

En concreto señalo Señor Ministro un fragmento la Resol. ASFI 229/2009 que dice:

*'El reglamento de cuentas de Ahorro del Banco Los Andes Procredit S.A. aprobado por este Organismo de Supervisión, mediante resolución SB N° 093/2006 de 11 de julio de 2006, establece en el inc. A) del numeral 20 que 'De conformidad al Art. 1366 del Código de Comercio, queda establecido que los fondos depositados en cuentas de ahorro de personas naturales y los intereses producidos sobre estos fondos, son inembargables hasta el límite de la tasa equivalente al porcentaje de encaje legal conforme la Resolución N° -144/2005 emitido por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras... Evidenciándose de esta forma que la entidad bancaria incumplió normativa externa y su propia'*

El Porcentaje de Encaje Legal que señala esta norma es aproximadamente de un 15 o 14% del monto ordenado a retener. Esto significa que **el 85% de fondos del ejecutado SIDEBIERON SER RETENIDOS, y ése 85% que NO SE HA RETENIDO CUBRÍA AMPLIAMENTE MI DEUDA GARANTIZADA DE \$US 173. 200.- MEDIANTE SENTENCIA FIRME y esta entidad infractora incumplió una Orden Judicial** causándome enorme perjuicio como usuario y ahora se resiste a pagar y quiere quedar impune.

El art. 1371 es demasiado claro al respecto, pues obligaba al banco infractor expresamente a retener las Cajas de Ahorro de su cliente y-repito- este artículo coincide plena y perfectamente con el art. 1358 del Código de Comercio, el Reglamento de Retención de Cuentas Bancarias de la ASFI y del mismísimo Banco recurrente como sostiene la Resolución ASFI 229/2009 citada. Por tanto este tercer tampoco no debe ser considerado.

**LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RECURRIDA FUE PROPORCIONAL Y TOLERANTE FRENTE A LA COMISIÓN DE UN DELITO.** La entidad bancaria y recurrente sostiene que la Sanción impuesta no fue proporcional frente a la infracción cometida ya que habrían respondido por la suma no retenida por órdenes judiciales mediante el Depósito Judicial N° 0135120, por la suma de \$us. 173.200.

Esta posición resulta totalmente contradictoria pues, por un lado afirman haber reparado el daño, pero por otro lado señalan que están pretendiendo que judicialmente ese dinero les sea devuelto.

Sin embargo hay que analizar la conducta de la entidad infractora en todo este conflicto. 1ro.- Inicialmente incumplen la orden judicial de retención de cuentas de su cliente Manuel Baro y no informan al juez oportunamente. 2do.- Posteriormente asumen la responsabilidad y Depositatan Judicialmente dicho monto de \$us. 173.200.- y 3ro.- Por último nuevamente piden la devolución de ese Depósito Judicial mediante una serie de Incidentes y Recursos extemporáneos. Quien los entiende.?

La Sanción o multa pecuniaria impuesta en las Resoluciones ASFI N° 229/2009 y 378/2009 que son objeto de Recurso Jerárquico por el Bco. Los Andes Procredit S.A., ha sido



calificada en forma correcta pues está prevista textualmente en el Art 5 Sección 2 Título VIII Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de retención de Fondos y los arts. 1358 y 1371 del Código de Comercio. Independientemente a ello este incumplimiento diáfano constituyen varios tipos penales, tanto perseguibles en la vía de delitos de acción privada y pública veamos:

**Art. 160 Código Penal (Desobediencia a la Autoridad)** El que desobedece una orden emanada de un funcionario público o autoridad, dada en el ejercicio legítimo ejercicio de sus funciones, incurrirá en reclusión de un mes a un año .

**Art 161 Código Penal.- (Impedir o Estorbar el Ejercicio de Funciones)** El que impidiere o estorbare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, incurrirá en reclusión de un mes a un año

Sin embargo, de acuerdo a los art. 99y 107 y siguientes de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, **la ASFI debió haber formulado una denuncia contra esta entidad bancaria por la comisión de los delitos señalados** a momento de emitir las Resoluciones ASFI N° 229/2009 y 378/2009, no haciéndolo y siendo benevolente. Así veremos la aplicación de la multa fue excesivamente proporcional ya que pudo solicitar paralelamente la Intervención del Banco, suspensión temporal de sus Gerentes Directores, o finalmente interponer una denuncia ante el Ministerio Público y- repito- no lo hizo, de acuerdo al art. 3 inc. F) y P) de imparcialidad y proporcionalidad de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por tanto mal puede señalar la entidad recurrente que no hubo proporcionalidad ante sus faltas y delitos cometidos contra mi persona y el sistema judicial bancario.

Pongo a su conocimiento que cursa ya en la Fiscalía del Distrito el Caso N° ..../2010(sic) División Delitos Corrupción Pública a cargo del Fiscal Dr. Prudencio Flores la denuncia por los delitos señalados contra personeros del Banco Los Andes Procredit S.A. en la cual soy víctima y parte. Por tanto este último agravio no debe ser considerado.

#### **PIDE RECHAZAR INFUNDADO RECURSO JERÁRQUICO.**

Por todo lo expuesto, ocurro a su autoridad en mi calidad de Tercero Interesado o Afectado y considerando que:

- La ASFI tiene competencia plena constitucional y legal para imponer multas y sanciones a las entidades bancarias conforme el art. 332 de la CPE.
- El Banco infractor ha violado claramente el art 5 Sección II Título VII Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos (infracción citada textualmente en la Resoluciones recurridas) y en un proceso judicial paralelo no puedo impedir la imposición de sanciones en la vía administrativa en defensa de los Intereses del Estado y la colectividad usuaria.

- Las retenciones por orden judicial sobre cuentas corrientes y cajas de ahorro son indistintas y que el proceso judicial paralelo no puede suspender la imposición de multas y sanciones en la vía administrativa (más aún en este caso tan claro y probado).
- La ASFI si aplicó plenamente el principio de proporcionalidad frente a la comisión de delitos perpetrados por personeros del Banco Infractor, imponiéndoles solamente una multa económica y no otras medidas de mayor sanción que bien la tenían merecida (como debió hacerlo.)

Es que conforme el art. 66 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo y art 124 inc.) de su Reglamento, **pido sirva RECHAZAR EL INFUNDADO RECURSO JERÁRQUICO de 25 de noviembre de 2009 interpuesto por el Banco Los Andes Procredit S.A.** contra las Resoluciones ASFI N° 229/2009 y 378/2009 ya que no han enervado de ninguna manera los argumentos expuestos en ambas Resoluciones de la ASFI, sea con costas.

**OTROSÍ 2do.-** Presentan Prueba de Cargo. En calidad de prueba de Cargo presento nuevamente fotocopias legalizadas del auto de fs. 74 y 180-181 por los cuales queda ejecutoriada la Orden de Pago contra el banco infractor, esto ya constituye Prueba Plena contra la entidad recurrente. Asimismo adjunto copia del oficio de remisión de antecedentes al Ministerio Público para iniciar acción penal correspondiente al Banco Infractor.

Finalmente me adhiero a la prueba presentada por el banco infractor sobre Incidente de Nulidad, Tercera de Dominio Excluyente y Recurso Incidenta de Inconstitucionalidad en el proceso que sostengo con el Sr. Manuel Baro (J4PC), que no hace nada más que probar su actitud dolosa y contradictoria y que no quieren reparar el daño infringido..."

## **5. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 26 de noviembre de 2009 el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2009 de 6 de noviembre de 2009, argumentado lo siguiente:

### **'...1.- Competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)**

ASFI ha impuesto al Banco los Andes Procredit S.A., mediante Resolución ASFI 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 la sanción de multa equivalente al 0.3% (cero coma tres % del capital mínimo requerido por Ley, para este tipo de entidades, por haber incumplido el artículo 5° Sección 2, Título VIII, Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento de Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retención de Fondos contenido en la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras y al artículo 1358 del Código de Comercio, por presuntamente no haber dado cumplimiento a una orden judicial de retención de fondos dispuesta por el Juez Cuarto de Partido en lo Civil de La Paz, dentro del proceso ejecutivo seguido por Jorge Orihuela contra Manuel Barón Nuñez.

Con relación a la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) para imponer sanciones sobre el presunto incumplimiento de una medida precautoria de retención de fondos dictada por el juez Cuarto de Partido en lo Civil de la ciudad de La Paz, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia determina en su artículo 179 que la función judicial es única y que la jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los Tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces, siendo que no es competencia de la autoridad administrativa el exigir el cumplimiento de una medida precautoria dictada por un juez.

Asimismo, el artículo 122 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, norma de máxima jerarquía jurídica en el país, determina que: ' 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 emana de la ley (la negrilla y subrayado son nuestros)' De tal forma que la máxima norma del país reconoce que la competencia debe emanar de la Ley, estableciendo la nulidad sobre el acto dictado por autoridad cuya competencia no emane de la Ley.

En el presente caso, la ley sectorial, la Ley de Bancos y Entidades Financieras, así como el artículo 1358 del Código de Comercio que se pretende aplicar a este caso, no establecen la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para exigir el cumplimiento de órdenes judiciales de retención de fondos, ni consecuentemente para sancionar el presunto incumplimiento de una orden judicial, más aún si su alcance aún se discute en sede judicial, conforme se acredita de la documentación que se adjunta al presente recurso

Asimismo, si bien ASFI en la resolución que se impugna señala que es competente para imponer el cumplimiento de las órdenes judiciales referidas a retenciones de fondos (medidas precautorias judiciales), en los casos de las Cartas Circulares CARTA CIRCULAR/ASFI/SER/650/2009 de 6 de julio de 2009, CARTAS CIRCULAR/ASFI/SCR/153/2009 de 21 de mayo de 2009, CARTA CIRCULAR/ASFI/SCR/365/2009 de 9 de junio de 2009, CIRCULAR /ASFI/SCR/377/2009 de 10 de junio de 2009, CARTA CIRCULAR/ASFI/SCR/147/2009 de 21 de mayo de 2009, CARTA CIRCULAR/ASFI/SCR/365/2009 de 9 de junio de 2009, CARTA CIRCULAR/ASFI/SCR/378/2009 de 10 de junio de 2009, CARTA CIRCULAR/ASFI/SER/656/2009 de 7 de julio de 2009, CARTA CIRCULAR/ASFI/SER/881/2009 de 29 de julio de 2009, casos en los cuales el Juez de Partido 2º del Trabajo y S.S. Administrativo de la ciudad de Sucre determinó que las cuentas de ahorro son inembargables, ASFI señala que es exclusiva responsabilidad de dicha autoridad judicial el haber impuesto estas medidas y no tomar en cuenta la competencia que señala tener en el presente caso para hacer cumplir estas órdenes judiciales.

Por otra parte, en cuanto a la mención de los derechos del Banco los Andes ProCredit S.A. a impugnar el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, cabe mencionar que los derechos de nuestra representada para interponer medios de defensa al vulnerarse sus derechos por la aplicación de este reglamento, se encuentran en plena vigencia y pueden ejercitarse legalmente.

Sin reconocer la competencia de ASFI para imponer el cumplimiento de una orden judicial de retención de fondos y sancionar sobre el presunto incumplimiento de una

medida precautoria judicial de retención de fondos y con el objeto que nuestra representada no quede en la indefensión, se exponen los siguientes argumentos:

## **2.-Trámite judicial pendiente**

De acuerdo a lo señalado por ASFI, el fundamento para no suspender la competencia de ASFI, existiendo resoluciones judiciales pendientes sobre el particular, es la aplicación de medidas correctivas o rectificadoras para un usuario financiero que sufrió menoscabo en sus derechos.

En el presente caso, el supuesto administrado, no sufrió ningún menoscabo, siendo que el Banco los Andes ProCredit S.A. aun estando en desacuerdo y sin perjuicio de los medios de defensa que se interpusieron, pendientes de resolución, efectuó el depósito judicial por \$us 173.200 (ciento setenta y tres mil doscientos 00/100 dólares americanos), conforme a la fotocopia simple del mencionado depósito judicial que se adjunta al presente, por lo que no existió la necesidad de ninguna reposición o restitución jurídica del administrado, conforme lo admite expresamente ASFI al señalar que 'Que, si bien la Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 en su parte Resolutiva podía adoptar medidas tendientes a la restitución de la situación jurídica del reclamante, empero cabe considerar que antes de la emisión de la referida Resolución, la instancia jurisdiccional dispuso la constitución de un depósito judicial por el monto demandado por el reclamante... cuyo perfeccionamiento a favor del señor Juan Federico Orihuela Perez se encuentra sujeto a condición suspensiva, medida que asegura, en función de los resultados del trámite judicial, el resarcimiento del reclamante...'

La misma autoridad administrativa, reconoce que la orden de retención judicial se encuentra sujeta a 'condición suspensiva', que se dilucidará una vez que se den los resultados del trámite judicial y es en base a esta determinación judicial pendiente de fallo, que se ha sancionado al Banco los Andes ProCredit S.A.

ASFI fundamenta su fallo con argumentación contenida en el precedente administrativo Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 02/2007 de 3 de enero de 2007, resolución que determina que : 'No obstante, de acuerdo a la naturaleza específica de los casos, existirán casos muy particulares, donde la SBEF tendrá que esperar a que la autoridad judicial se pronuncie previamente para adoptar una decisión en el ámbito administrativo o simplemente debe supeditarse a lo dispuesto por la decisión judicial ' y es precisamente éste uno de esos casos.

Con referencia a la sanción impuesta por Resolución ASFI 229/2009, qué ocurrirá si la autoridad judicial deja sin efecto la orden de retención de fondos en contra de las cuentas de Manuel Baró, por cuyo presunto incumplimiento se ha sancionado al Banco los Andes ProCredit S.A.?, persistirá la sanción, siendo que se trata de un caso que en cuanto al fondo se decidirá en sede judicial?, se devolverán los fondos de la sanción administrativa impuesta al Banco?

## **3.- Retención de cuentas de ahorro**

Con referencia a la omisión de retención de la cuenta N° 380102076198 del Sr. Manuel Baró Nuñez, el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, no establece expresamente que

deba retenerse fondos de las cuentas de ahorro. Señala la obligación de efectuar la retención o la suspensión de retención de fondos. Sobre el particular, conforme al artículo 3° del referido reglamento, se define la Retención de Fondos como la orden impartida, entre otros, por autoridad judicial, en la que se dispone de manera expresa la inmovilización de los fondos que una persona natural o jurídica mantiene en las entidades de intermediación financiera, **'de acuerdo al artículo 1358 del Código de Comercio'** (la negrilla es nuestra), norma legal referida a cuentas corrientes. En concordancia con lo anterior, en el Reglamento de Notificación de Retenciones, se solicita que los resultados de cumplimiento sean dados a conocer directamente a la autoridad que ordenó la retención de fondos y no a la ASFI.

Respecto a la aplicación del artículo 1371 del Código de Comercio que ASFI menciona, se tiene que el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, no establece expresamente que se retengan cuentas de ahorro.

Por otra parte, el artículo 1371 del Código de Comercio estipula que en todo lo no previsto se aplicarán las normas de cuenta de ahorro, siendo que para el caso de cuentas de ahorro existe un régimen previsto en el artículo 1366 del Código de Comercio que se refiere a la inembargabilidad de cuentas de ahorro.

Por lo que, no corresponde sancionar por incumplimiento al Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retención de Fondos, siendo que dicho reglamento no ha dispuesto expresamente que se retengan fondos de cuentas de ahorro. Tomando en cuenta lo anterior y en aplicación del principio de legalidad y tipicidad establecidos en los artículos 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, solicitamos se deje sin efecto la Resolución 378/2009 de 6 de noviembre de 2009 y consiguientemente la Resolución 229/2009 de 16 de septiembre de 2009.

#### **4.- Principio de Proporcionalidad**

El Dr. Walker San Miguel en su libro 'Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia' al referirse al principio de proporcionalidad describe que 'También es denominado 'exceso de punición' este principio invoca que la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido' (pág. 67). Cita al administrativista argentino Juan Carlos Cassagne en sentido que 'afectar la proporcionalidad, vulnera inclusive una garantía constitucional.'

Sobre el particular, Juan Carlos Cassagne, en su libro de Derecho Administrativo II (pág. 29) al referirse al principio de proporcionalidad determina que este principio a su vez tiene que ver con el principio de razonabilidad y justicia que la administración pública debe aplicar en su acción, razonabilidad y justicia que en este caso no ha existido.

Con respecto a los criterios que se señalan en la resolución que se impugna, contenidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ASFI señala que : ' forma parte inmanente del principio de proporcionalidad ...a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable; b) Que el hecho sancionado se encuentre

plenamente probado; Que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida', que como se explicó a lo largo de este recurso, la sanción resulta del presunto incumplimiento de una orden judicial, que aún se encuentra pendiente de resolución judicial, siendo que no ha existido ningún menoscabo a derechos del administrado, por lo que la multa impuesta no cumple con el principio de proporcionalidad.

Asimismo, el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo que regula el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, determina en cuanto al principio de proporcionalidad que el establecimiento de sanciones deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulten más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

En el supuesto no admitido de normas infringidas, el Banco no ha obtenido ningún beneficio. Más aún, con el objeto de evitar retención de sus cuentas corrientes ha remitido de su propio patrimonio el monto de \$us 173. 200 (ciento sesenta y tres mil doscientos 001/1000 dólares americanos), habiendo sufrido un perjuicio en su patrimonio y ningún beneficio con el supuesto incumplimiento.

Por otra parte, ni en la Resolución ASFI 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 ni en la Resolución ASFI 378/2009 de 6 de noviembre de 2009, se fundamenta la extrema gravedad de las supuestas infracciones incumplidas por el Banco los Andes ProCredit S.A. imponiendo el 0,3% del capital mínimo requerido por Ley en flagrante violación del principio de proporcionalidad, razonabilidad y justicia.

#### **5.- Petitorio**

En mérito a los fundamentos expuestos anteriormente y estando pendiente el alcance y validez de la orden judicial referida, y siendo que el supuesto incumplimiento de la orden judicial es el fundamento de la Resolución ASFI 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 y consecuentemente de la Resolución ASFI 378/2009 de 6 de noviembre de 2009 y siendo que se ha incumplido con los requisitos esenciales de los actos administrativos establecidos artículo 28 Incisos a), b), e) y f) de la Ley de Procedimiento Administrativo; dando lugar a la nulidad del acto administrativo por las causales establecidas en el art 35 a) y d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como habiéndose incumplido los artículos 72, 73 y 75 de dicha ley y el artículo 122 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en cumplimiento del artículo 11 del D.S. 0071 y los artículos 43 inciso b) y 44 del D.S 27175 se solicita SE REVOQUE, se deje sin efecto la resolución de la ASFI N°378/2009 de 6 de noviembre de 2009 y la Resolución ASFI 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 (...)"

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

## **1.- ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

### **1.1.-EL RECORRENTE MANIFIESTA QUE LA ASFI NO TENDRÍA COMPETENCIA PARA IMPONER SANCIONES POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN JUDICIAL DE RETENCIÓN DE FONDOS DICTADA POR EL JUEZ CUARTO DE PARTIDO EN LO CIVIL, VULNERANDO ASÍ LO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO EN SU ARTÍCULO 179.-**

La competencia, constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, mismo que ha sido ampliamente desarrollado por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en la Resolución Jerárquica No. SG-SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, al determinar qué:

*“Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública que se considera acto administrativo, sea de alcance general o particular, sea normada o discrecional, que se emita en ejercicio de la potestad administrativa, debe contener los elementos esenciales del Acto Administrativo que en nuestro ordenamiento jurídico han sido enumerados en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra, como uno de los elementos esenciales, la competencia.*

*La 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 y 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 constituye los límites de su actuación.*

*Asimismo, la competencia dada por Ley tiene como características el ser expresa, irrenunciable, improrrogable e indelegable, salvo que la propia Ley lo autorice...”*

La Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 -Texto Ordenado-, en su Artículo 153, establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **es el órgano rector del Sistema Financiero** que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.

La misma Ley de Bancos, en su Artículo 87 numeral 1 (concordante con el 1307 del Código de Comercio) establece en líneas generales el procedimiento que se debe seguir para levantar el secreto bancario, cual se transcribe a continuación:

*“ARTICULO 87°.- El secreto bancario será levantado únicamente:*

*1. Mediante orden judicial motivada, expedida por un juez competente o a requerimiento fiscal expresamente motivado, dentro de un proceso formal y de manera expresa, **por intermedio de la Superintendencia.**”* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

La Ley No. 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 Parágrafo IV determina que:

*“IV. La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene normas privativa e indelegable **para emitir regulaciones prudenciales**, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros”*(Negrillas insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

El Artículo 154 numeral 10, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras determina que es atribución de la Autoridad Fiscalizadora, **imponer sanciones administrativas** a entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Es así que queda claro que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuenta con competencia para la emisión de regulación y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de la normativa.

Ahora bien, importa traer a colación, lo determinado en la normativa al caso de autos, iniciando con el análisis de la normativa regulatoria emitida, siguiendo con la supuesta infracción cometida, para finalmente emitir las conclusiones a las que se arriben.

#### **a) De la regulación emitida.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en uso de las facultades conferidas por Ley citadas en párrafos anteriores, ha emitido el “Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos”, aprobado mediante Circular SB/543/07, hoy inserto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Artículo 5, Sección 2, Título VIII, Capítulo VII).



Este Reglamento determina taxativamente la obligación de los Bancos, Fondos Financieros Privados, Mutuales, etc (Entidades de Intermediación Financiera), de cumplir con las retenciones judiciales dentro de las veinticuatro (24 horas) de su notificación, así como de informar a la autoridad jurisdiccional, fiscal o administrativa los resultados del cumplimiento de la instrucción (retención de fondos) en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de haber recibido la notificación.

El mismo Reglamento, en análisis, en su Artículo 2 Sección 3, determina que cualquier incumplimiento al mismo, dará lugar a la aplicación del Reglamento de Sanciones Administrativas.

Esta normativa regulatoria, se encuentra vigente y firme en sede administrativa.

#### **b) Del incumplimiento de la normativa regulatoria.-**

Ahora bien, compulsado el expediente administrativo, y en especial la documentación presentada por el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** (Fs. 63) como descargo a la ASFI, informa y reconoce que:

- En fecha 07 de noviembre de 2008, el área de operaciones del Banco recibió la carta Circular SB/2646/2008, por la cual se solicita la retención de fondos por la suma de \$us.173.200.00, de la cuenta corriente a nombre del Sr. Manuel Baro Nuñez.
- En fecha 15 de noviembre de 2008, en cumplimiento al requerimiento judicial, se efectuó la retención sobre el saldo existente en la Caja de Ahorro N° 3801020761987 registrada a nombre del Sr. Manuel Baro Nuñez, que en ese momento ascendía a \$us 0,11 (cero punto once Dólares Americanos.)
- Dicha retención de fondos, fue comunicada el 26 de enero de 2009 al Juzgado 4° de Partido en lo Civil y Comercial mediante carta BLAP-GNO.OC.2056/08 emitida en fecha 21/11/2008.

Dicho esto se tiene que el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** cumplió con el requerimiento del juez **ocho días** después de haber recibido la instrucción, es decir su accionar evidencia la infracción a la determinación expresa del Artículo 5, Sección 2, Título VIII, Capítulo VII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ya que conforme determina dicha regulación, la retención, debió haberse procesado dentro de las veinticuatro horas de su notificación, y la comunicación al Juzgado respectivo, dentro de los cinco días hábiles de recibida la Circular.

#### **c) De las conclusiones.-**

Entonces, queda irrefutablemente comprobado, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al advertir la infracción al Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, y luego de la obligación de seguir el proceso sancionatorio correspondiente, cuenta con competencia para la imposición de sanciones.

La pretensión del recurrente, de falta de competencia, no se adecúa a la normativa, e induce a determinar que el mismo confunde la competencia de retención como tal, que debe ser emitida por Autoridad competente, con la competencia del **cumplimiento de la orden judicial**, situación que es distinta.

Por lo que, se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha actuado en uso de sus atribuciones y competencias conferidas por normativa expresa, y la solicitud de retención de fondos a través de la Circular N° SB/2646/2008 de 31 de octubre de 2008 fue emanada, por la orden judicial emitida por autoridad jurisdiccional competente dentro de un proceso civil ejecutivo en contra del Sr. Manuel Baro Nuñez (Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial) quien dispuso como medida precautoria la retención de Cuentas Bancarias del Sr. Baro ante el Sistema Financiero.

## **1.2.- EL RECURRENTE ARGUMENTA QUE A LA FECHA EXISTIRÍAN RESOLUCIONES JUDICIALES PENDIENTES, Y QUE LA ORDEN DE RETENCIÓN JUDICIAL SE ENCUENTRA SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA.-**

Al respecto el recurrente debe considerar lo siguiente:

El reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo emitido por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece en su artículo 40 Parágrafo I que:

*"I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico."*

El hecho de que el recurrente haya presentado recursos legales ante la vía jurisdiccional, no lleva relación con el presente **proceso administrativo**, toda vez que el mismo tiene naturaleza y objeto diferente, ya que lo que se está dilucidando en instancia administrativa, es el incumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, hecho que subsiste en la vía administrativa, más allá de la determinación final de la Autoridad Jurisdiccional.

En ese sentido, la sanción impuesta al recurrente se basa en el incumplimiento a la **normativa emitida por instancia administrativa**, y la solicitud de remisión de fondos por parte de la Autoridad Jurisdiccional responde a un tema netamente afín al proceso judicial, mismo que debe ser resuelto en la vía jurisdiccional y no tiene ninguna –como se señaló– relación con el proceso administrativo.

Por lo que, queda claro, que el carácter suspensivo, al que alega la entidad recurrente, no aplica al caso de autos.

### **1.3.- EL BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A., ARGUMENTA QUE EL REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN DE RETENCIONES Y SUSPENSIÓN DE RETENCIONES DE FONDOS, NO ESTABLECE EXPRESAMENTE QUE DEBA RETENERSE FONDOS DE LA CUENTA DE AHORRO.-**

Al respecto y siguiendo la misma línea de razonamiento del recurrente, presentada en el memorial del Recurso Jerárquico, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no es la que determina y ordena la retención de fondos de una cuenta, ya sea ésta cuenta de ahorro o cuenta corriente, ésta determinación es adoptada por un Juez jurisdiccional, el mismo que ordena a la ASFI el cumplimiento de la misma, constituyéndose la ASFI en intermediario entre el órgano jurisdiccional y el sistema financiero para su cumplimiento y bajo las reglas de regulación administrativas.

El hecho de que el "Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos" no establezca expresamente que deba retenerse fondos de la cuenta de ahorro, es justamente debido a que será el Juez, el que en uso de las facultades que le invisten dispondrá la retención de fondos de todas las cuentas bancarias o con excepción de las cajas de ahorro, hecho que se pueda constatar de la misma documentación aportada por los recurrentes a Fs. 175 a 191 correspondientes a las ordenes de retenciones de los jueces.

En este punto hay que hacer referencia a que independientemente de si el regulado está de acuerdo o en desacuerdo con la orden judicial contenida en el oficio de 8 de octubre de 2008, remitida a la ASFI, esta no es susceptible de ser discutida en la vía administrativa, siendo la misma de cumplimiento obligatorio por parte de la administración y para los regulados, sin perjuicio de los recursos de Ley que le asisten al administrado en la vía jurisdiccional.

De igual modo, sorprende que el recurrente utilice el argumento de que las cuentas de ahorro no puedan ser sujeto de retenciones ya que de acuerdo a su propia Unidad de Auditoría Interna, quien mediante informe BLA/GAI/067/2009 de 4 de agosto de 2009 y documentación anexa (Apéndice 1) a Fs. 10 del expediente administrativo, se tiene el Manual de Proceso para efectuar el Bloqueo y Desbloqueo de Fondos en **Cuentas de Ahorro** Versión 2.0 refiere:

#### **"BLOQUEO Y DESBLOQUEO DE UNA CUENTA DE AHORRO**

- *La institución realizará el bloqueo o desbloqueo de una Cuenta de Ahorro por los siguientes motivos:*
- *Asolicitud expresa del Titular de la Cuenta de Ahorro.*
- **Por instrucciones de autoridad judicial competente por intermedio de la SBEF.**
- *Bloqueo de Cuenta por fallecimiento del titular*
- *Las Cuentas de Ahorro bloqueadas por orden judicial solo pueden ser desbloqueadas mediante otra orden judicial de la autoridad competente que especifiquen expresamente la liberación de los fondos de la cuenta de ahorros bloqueada, en ningún caso podrá ser desbloqueado a simple solicitud del Titular de la Cuenta.*

- *Al momento de atender una solicitud de desbloqueo a solicitud del cliente, el Asesor de Clientes deberá verificar el tipo de desbloqueo de la cuenta, en caso de ser bloqueado por orden judicial informará al cliente que el desbloqueo solo será posible con otra orden judicial que instruya el desbloqueo de la misma.(...)"(Negrilla y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Situación, que seguramente responde a las excepciones establecidas en el Código de Comercio, en cuanto a las Cajas de Ahorro y el monto que puede ser embargable, sin embargo y sin perjuicio de ello, siguiendo con la materia del proceso administrativo **sancionatorio** en compulsa, el mismo se limita al cumplimiento de la **orden judicial**, no así al contenido de la misma, ya que no compete a instancias administrativas, determinar su legalidad o ilegalidad.

#### **1.4.- EL RECORRENTE A SU VEZ ARGUMENTA, QUE LA SANCIÓN IMPUESTA NO CUMPLE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN.-**

La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) 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."*

Al respecto y de la revisión de la normativa aplicable al caso, se ha podido constatar lo siguiente:

**Primero.-** La normativa imputada y que se habría incumplido, se encuentra claramente identificada en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos (Artículo 5, Sección 2, Título VIII, Capítulo VII) inserto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

**Segundo.-** De la documentación y pruebas aportadas por el recurrente, y la instancia administrativa "a quo", que se encuentran insertas en el expediente administrativo, se constata que el incumplimiento al artículo 5, Sección 2, título VIII, Capítulo VII sobre el "Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos" y al Art. 1358 del Código de Comercio, debido a que no se cumplieron con los plazos establecidos para la retención de fondos y comunicación a la Autoridad Jurisdiccional, así como no se produjo a las retenciones siguientes, cuando el titular de la cuenta de ahorro depositó nuevos montos. Situación, que a su vez, se encuentra confirmada por el propio recurrente.

**Tercero.-** Sin embargo y dentro del control de legalidad de la imposición de la sanción pecuniaria, corresponde revisar los fundamentos en los que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) se basó para la imposición de la sanción del 0.3% del Capital Mínimo Requerido.

La ASFI mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 sancionatoria, presenta los siguientes fundamentos respecto a la imposición de sanción:

*"Que, el Art. 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras establece que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por esta Superintendencia, y en su caso, por el Banco Central de Bolivia, no contempladas en este Reglamento, en que pudieran incurrir los Bancos y Entidades Financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por ASFI, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse.*

*Que, el artículo 98 de la citada Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que la responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos.*

*Que, el Art. 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerente, empleados contravengan sus previsiones legales y normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de sanciones administrativas.*

*Que las actividades que realizan las Entidades de Intermediación Financieras, son consideradas de interés público, y por tanto sometidas al estricto cumplimiento de las disposiciones legales y normativas que rigen la materia, entre ellas, las disposiciones judiciales referidas a la aplicación de medidas precautorias.*

*Que las deficiencias operativas en las que incurrió el Banco originaron el incumplimiento a disposiciones legales y normativas en vigencia a momento de los hechos, situación que se ve agravada debido a que por su responsabilidad se habrían vulnerado los principios de buena fe y sometimiento pleno a la Ley, que rigen el procedimiento administrativo.*

*Que, en cumplimiento del principio de proporcionalidad que rige el procedimiento administrativo, tales acciones configuran infracciones cometidas por negligencia y ausencia de controles internos apropiados, correspondiendo aplicar una sanción adecuada a la gravedad del hecho y por tanto, aplicar en el presente caso sanción pecuniaria en contra de la entidad, considerando a tal efecto que el Banco habría constituido un Depósito Judicial competente.*

*Que la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe ASFI/DAJ/R-34263/2009 de 7 de septiembre de 2009 concluye por recomendar la aplicación de multa al Banco Los Andes Procredit S.A. equivalente al 0.3% del Capital Mínimo Requerido para ese tipo de entidades, al haberse evidenciado que incurrió en incumplimiento de la normativa.”*

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 378/2009 de 6 de noviembre de 2009, presenta los siguientes fundamentos respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad:

*“Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, bajo el fundamento de que el Banco no obtuvo ningún beneficio, y por el contrario tuvo que erogar de su propio patrimonio los recursos para cubrir los fondos no retenidos, cabe establecer que la Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, ingresó en la valoración de la cuestión planteada en el recurso, al referirse en antepenúltimo y penúltimo párrafo a la agravación de la responsabilidad de la entidad y a la concurrencia de negligencia en los incumplimientos identificados.*

*Por otra parte, cabe aclarar que en el presente caso, si bien la entidad no obtuvo beneficio, como manifiesta en su solicitud de revocatoria, empero si ocasionó un perjuicio al reclamante al no cumplir oportuna y correctamente los procedimientos de retención y remisión de fondos establecidos en el RFNRSF.*

Por último, y siguiendo los lineamientos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, la sanción impuesta al Banco Los Andes Procredit S.A. consideró los parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad, es decir a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable; b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida."

Ahora bien, revisada la normativa sancionatoria aplicable, se tiene que no existe un artículo específico, sobre el monto de sanción que puede imponerse para el caso del incumplimiento a la **instrucción de órdenes judiciales**, por lo que se debe limitar su análisis a los Artículos 99, 101 y 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que determinan:

**"ARTICULO 99°.-** Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:

1. Amonestación.

2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo..."

**"ARTICULO 101°.-** La amonestación será escrita. Re caerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa."

**"ARTICULO 102°.-** Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99°, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse."

Por su parte, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Artículo 61° determina que:

**"Artículo 61°.-** Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el

*Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse."*

Como se puede apreciar de la transcripción realiza en párrafos anteriores, la ASFI ha fundamentado la imposición de la sanción pecuniaria aplicada al **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** en la facultad conferida en el Artículo 61, al determinar que la infracción cometida no puede considerarse como leve, ya que según dicha Institución, se habría ocasionado un perjuicio al reclamante al no haber cumplido oportunamente la instrucción emanada.

Dicha aseveración, no puede ser considerada por esta instancia jerárquica, al no haber comprobado que el perjuicio se haya materializado, toda vez que revisado el expediente se detecta, que el Juez, en uso de sus atribuciones, determinó que el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** realice un depósito judicial, por el monto total de retención ordenado por el Juez.

Ahora bien, la ASFI justifica además la imposición de sanción pecuniaria, en la negligencia y falta de controles que originaron el incumplimiento del Banco, situación que ha sido confirmada por esta instancia jerárquica, conforme se evidenció de la compulsa realizada al expediente administrativo, sin embargo y fundamentalmente, la ASFI no ha presentadola motivación debida como elemento esencial del acto administrativo, que justifique la imposición de una sanción pecuniaria de 0.3% del Capital Mínimo Requerido del Banco que equivale a Bs182,210.47 y no una amonestación o sanción menor, habiéndose limitado su argumentación a establecer enunciados, mismos que no pueden asimilarse a una exposición clara y precisa que implica la fundamentación debida de todo acto administrativo.

De lo transcrito queda claro que no se sabe cuáles han sido los criterios usados para la determinación del 0.3% de la multa impuesta, hecho que ha dado lugar a la indefensión del administrado, al no conocer con exactitud, los fundamentos o motivos que impulsaron a dicha determinación.

La ASFI, no toma en cuenta que conforme determina el Artículo 28 de la Ley No. 2341 de 23 de Abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, la fundamentación o motivación, es un elemento esencial del acto administrativo, e implica que el mismo debe expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, así como los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y finalmente el derecho aplicable.

Este elemento esencial del acto administrativo, expresado en la parte considerativa o bien denominada expositiva, permite que la Autoridad que emite el acto, establezca de manera clara, precisa y concreta las razones de hecho y derecho en los que funda su determinación. La ausencia de la motivación o la exposición general y no específica, no permite al administrado contar con los elementos mínimos necesarios para ejercer su derecho a la defensa, denotando que la Autoridad Fiscalizadora no de cumplimiento al elemento objetivo a tiempo de la emisión del acto administrativo, cual es la motivación.



Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con la aplicación de dicho elemento esencial del acto administrativo, en cuanto se refiere a la imposición del monto de sanción.

**CONSIDERANDO:**

Que, de igual manera, en cuanto lo solicitado por el tercer interesado sobre la petición de costas procesales cabe aclarar al mismo, que el presente proceso se circunscribe estrictamente al ámbito regulatorio administrativo y sancionador no correspondiente la determinación de costas como consecuencia de la tramitación de un proceso administrativo.

Que, en cuanto a la supuesta comisión de delitos por parte del Banco Los Andes Procredit S.A. se tiene que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no tiene competencia para valorar aspectos que corresponden ser dilucidados en la vía jurisdiccional como es el caso de la denuncia interpuesta al Ministerio Público por la comisión de delitos contra el Banco Los Andes Procredit siendo que el presente proceso administrativo se circunscribe únicamente a determinar si la infracción administrativa y la sanción impuesta al Banco los Andes Procredit se han dado de acuerdo a derecho y a procedimiento.

Que, respecto a los otros argumentos esgrimidos en el memorial del tercer interesado, los mismos han sido desarrollados en el Considerando anterior.

**CONSIDERANDO:**

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, 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, o de lugar a la indefensión, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

Que, la citada Ley en su artículo 37 norma la convalidación y saneamiento procesal de los actos anulables disponiendo en su párrafo I, lo siguiente: *“Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.”*

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.-ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

**RECURRENTE**  
VALORES UNIÓN S.A.

**RESOLUCIÓN RECURRIDA**  
ASFI N° 409/2009 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009

**AUTORIDAD RECURRIDA**  
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

**RESOLUCIÓN**  
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 DE 19 DE ABRIL DE 2010

**FALLO**  
**ANULA**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010**

La Paz, 19 de abril de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **VALORES UNIÓN S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 409/2009 de 18 de noviembre de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 019/2010 de 9 de abril de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 09 de diciembre de 2009, **VALORES UNIÓN S.A.** representada legalmente por Rainier Anslinger Amboni, y Alexandra Otero Valda tal

como acreditan los Testimonios de Poder Nos. 577/2007 de 9 de octubre de 2007 y 699/2002 de 2 de diciembre de 2002, ambos otorgados por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. María Rebeca Mendoza Gallardo, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 409/2009 de 18 de noviembre de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 66810/2009 con fecha de recepción de 14 de diciembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 409/2009 de 18 de noviembre de 2009, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 16 de diciembre de 2009, notificado en fecha 22 de diciembre de 2009.

Que, la ciudadana Antonia Rodríguez Medrano, Ministra de Desarrollo Productivo y Economía Plural, ha sido designada como Ministra Interina de Economía y Finanzas Públicas.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS-IV No. 212 DE 27 DE MARZO DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa SPVS-IV No. 212 de 27 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió lo siguiente:

#### **“RESUELVE:**

#### **ARTICULO 1º**

*Sancionar a **VALORES UNION S.A. Agencia de Bolsa** con una multa equivalente en Bolivianos a \$us. 4.000.- (Cuatro mil 00/100 Dólares Norteamericanos) de conformidad a lo prescrito por el art. 12 inc. b), art 19 y 20 inc. b) Primer Rango: numerales 4, 5, 8, y 9 en el marco del art. 13 del Decreto Supremo N° 26156, por infracciones a lo dispuesto por los artículos: 101, inciso b) del artículo 21, el punto 13 del inciso b) del artículo 51, artículo 31, artículo 42 inciso f), artículo 37, artículo 83 y artículo 81 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada por Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 751/2004 y sus modificaciones, así como con el inciso h) del artículo 22 de la Ley N° 1834 del 31 de marzo de 1998. Asimismo, incumplió con: el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, en lo dispuesto en la “Descripción” de la cuenta 110.00 “Gastos Pagados por Anticipado”, en lo dispuesto en la “Descripción” de la cuenta 607.00 “Valores de terceros en custodia”, en la*

“Descripción” de la cuenta 801.00 “Registro y custodia de la entidad”, en la “Descripción” de la cuenta 800.00 “Cuentas de registro deudoras”.

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 20 de octubre de 2009, **VALORES UNIÓN S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009, con los siguientes argumentos:

### **“(…) III FUNDAMENTOS DE DERECHO (CARGOS TIPICIDAD Y MULTA)**

Todos los cargos imputados a Valores Unión por parte de la SPVS fueron calculados en base a la sanción correspondiente al tipo establecido en el Artículo 20 inc. a) numeral 1 Inc. b) numerales 4, 5, 8, y 9 del Decreto Supremo N°26156 sin que se realizara un desglose del monto de aplicación de la multa económica a cada uno de los cargos al momento de determinar el tipo de infracción y la multa aplicable.

La SPVS de forma incorrecta tipificó todas las conductas bajo un mismo rango de sanción, el que además no se adecúa a las sanciones y omisiones en las cuales se funda la misma. Por lo que los derechos subjetivos e intereses legítimos de Valores Unión se vieron vulnerados con la Resolución Administrativa impugnada.

Consideramos que lo correcto es realizar un análisis individual de cada cargo para determinar la tipificación correcta según las características de cada acción u omisión, de forma tal de que se pueda establecer la sanción correspondiente a cada cargo de forma justa, responsable y proporcional a la gravedad de cada infracción. En ese sentido, en el siguiente punto pasamos a hacer una exposición de los cargos y la correcta tipificación debe ser otorgada.

#### **3.1 Cargo 1: Multas del Ministerio de Trabajo registrado como otros pagos anticipados.**

##### **3.1.1 Descripción del cargo.-**

La SPVS señala que detectó el registro de un pago por concepto de Multa del Ministerio de Trabajo en la cuenta 110.30.90 correspondiente a “Otros Pagos Anticipados”, incumpliendo Valores Unión el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 1296/06 de 24 de Noviembre de 2006.

##### **3.1.2. Tipificación.-**

La Resolución Administrativa 212/2009 señala que este cargo fue sancionado en virtud a los artículos 12, 13 y 20 del Decreto Supremo N° 26156.

Al respecto, nuestra empresa subsanó esta observación en fecha 27 de noviembre de 2008, sin haber causado ningún perjuicio económico u otro a Valores Unión S.A. El diferimiento transitorio de este gasto fue reclasificado en su totalidad, cumpliendo de esta manera con el Manual Único de Cuentas supervisado por la SPVS y con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. Y en este sentido, creemos que la sanción impuesta es incorrecta ya que el propio artículo 12 numeral 1 inc. a del

mencionado Decreto establece que se aplicará la sanción de "Amonestación" a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.

Así, teniendo en cuenta que el cargo N°1 no representó ningún daño ni perjuicio a la empresa y fue enmendado sin consecuencia negativa alguna, en amparo del art 12 numeral I inc. a del Decreto Supremo 26156 y por otro lado el Principio de Proporcionalidad reconocido también en este cuerpo normativo (Art 3), creemos que no se justifica la imposición de multa sino simplemente amonestación. Al efecto, adjuntamos Mayor 110.30.90.1.01 regularizado al 27 de Noviembre de 2008.

### **3.2 Cargo 2: Operaciones realizadas con clientes y cartera propia de la agencia de bolsa sin evidencia de confirmación de contraparte**

#### **3.2.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado por la SPVS, se incumplió lo dispuesto en el Art. 101 de la Normativa para Agencias de Bolsa, referida a: "La Agencia de Bolsa se encuentra obligada a comunicar en forma oportuna a sus clientes de su potencial condición de contraparte en la operación que se realizara" (el subrayado es nuestro).

#### **3.2.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada por la SPVS, no es correcta, pues basados en 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, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual, no siendo aplicable (sic) por tanto la sanción establecida en la Resolución Administrativas (sic) SPVS-IV-N° 212.

#### **3.2.3 Ampliación de prueba**

Adicionalmente las consideraciones de la SPVS, no contemplan la forma de comunicación por la que nuestros clientes pueden tomar conocimiento de la potencialidad de contraparte. Adjuntando como ampliación de prueba, copia de las cartas de presentación u oferta de servicios enviadas a nuestros potenciales clientes en las que puede advertirse la posibilidad que nuestra empresa realice estas operaciones como contraparte.

### **3.3 Cargo 3: Incumplimientos a la normativa interna de la agencia de bolsa**

#### **3.3.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia según lo determinado por la SPVS, se incumplió los Arts. 8 y 12 del Reglamento Interno que deriva en el incumplimiento del inciso b del artículo 21 de la Normativa para Agencias de Bolsa.

#### **3.3.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada por la SPVS, no es correcta, pues basados en el espíritu de la Ley, corresponde aplicar el Principio de Proporcionalidad, conforme lo



expuesto en el punto 3.2.2, por lo que el subsumir el cargo al primer rango establecido en el artículo 20 resulta desmedida, pues la acción u omisión observada en ningún caso: a) causo perjuicio de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores; b) produjo ganancias, ventajas ni pérdidas para sí o para terceros; c) no tuvo repercusiones en el mercado de valores, y sobre todo es susceptible de ser enmendada cual es el espíritu de la norma sancionatoria.

### **3.4 Cargo 4: Comunicación del Directorio de la sociedad sobre la conformidad del trabajo de auditoría externa 2007**

#### **3.4.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado por la SPVS, se incumplió el último párrafo del punto 4 del Instructivo para la Realización de Auditorías, aprobado mediante carta circular SPVS/IV/DI- N° 45/2007.

#### **3.4.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada por la SPVS, no es correcta pues basados en el espíritu de la Ley, debemos expresar lo señalado en los puntos 3.2.2 y 3.3.2, por lo que el subsumir el cargo al primer rango establecido en el artículo 20 resulta desmedida, pues la acción u omisión observada en ningún caso: a) causo perjuicio de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores; b) produjo ganancias, ventajas ni pérdidas para sí o para terceros; c) no tuvo repercusiones en el mercado de valores, y sobre todo es susceptible de ser enmendada cual es el espíritu de la norma sancionatoria.

### **3.5 Cargo 5 Órdenes de operaciones sin la identificación y firma de la recepción de la orden.-**

#### **3.5.1 Descripción del cargo.-**

La SPVS señala haber detectado que algunas órdenes de operaciones no consignan la firma y nombre del responsable de tomar la orden, incumpliendo de esta manera el punto 13 inciso b) del artículo 51 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 751 de 8 de diciembre de 2004.

#### **3.5.2 Tipificación.-**

De igual manera, una sanción de multa para este cargo no guarda proporción con la falta, puesto que fue una situación excepcional en la que se produjo este hecho. La persona encargada de recepcionar las órdenes se encontraba con permiso para asistir a una Maestría y no quisimos faltar a la verdad generando otras firmas. Sin embargo, como se observó esta situación se procedió la correspondiente enmienda con la firma del Gerente General.

Siendo un hecho que pudo subsanarse sin ningún tipo de daño o perjuicio a la empresa, consideramos que no amerita la imposición de una multa en amparo del artículo 12 del Decreto Supremo 26156.

Al efecto, nos ratificamos en la prueba presentada respecto a este punto en nuestra nota de descargos **CITE VUN 832/09.**

**3.6 Cargo 6: Información no proporcionada por la Agencia de Bolsa. (Reporte de Orden, Control y Seguimiento de Órdenes y Certificado de operación no entregado a las 24 horas de lo solicitado).**

**3.6.1 Descripción del Cargo.-**

La SPVS señala que durante la inspección no se proporcionaron algunos "Reportes de Orden, Control y seguimiento de Ordenes" y "Certificado de Operaciones" dentro de las 24 horas.

**3.6.2 Tipificación.-**

La imposición de una multa para este cargo resulta extremadamente excesiva ya que Valores Unión S.A. presentó dichos Reportes, mismos que fueron debidamente adjuntados en nuestra nota de descargos CITE VUN-832/09, por lo que ratificamos esta prueba.

En amparo al Principio de Proporcionalidad no se puede considerar una sanción de multa para una falta de mínima relevancia, que no ocasionó ningún perjuicio ni traba en las funciones de la Agencia de Bolsa.

**3.7 Cargo 8: Registro Inadecuado de Títulos Valores en Custodia de Terceros.**

**3.7.1 Descripción del cargo.-**

La SPVS señala que en los Estados Financieros al 31 de Octubre del 2008, valores en custodia registrados en la cuenta 607 por un monto de 20.988.209 no se encuentran valuados a valores nominales tal como lo establece el Manual Único de Cuentas en los (sic) dispuesto en la "Descripción" de la cuenta 607.00 "Valores de Terceros en custodia".

**3.7.2 Tipificación.-**

En este caso, definitivamente la observación es incorrecta ya que los Estados Financieros de Valores Unión S.A al 31 de Octubre de 2008, si se encuentran valuados a Valores Nominales en sus cuentas 607.00, tal como lo establece el Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N°1296/06 del 24 de Noviembre de 2006.

Al efecto, adjuntamos como prueba el Reporte de Cartera Valorada al 31 de Octubre de 2008 y el Balance de Sumas y Saldos, donde se demuestra la Cuadratura Contable con las mencionadas cuentas 607.00 valuadas a Valores Nominales. Por lo que no existe justificación alguna para la imposición de una sanción, ya que la SPVS apreció erróneamente los Estados Financieros señalando que los valores registrados en la cuenta 607 no se encuentran valuados a valores nominales, cuando si están valuados a valores nominales, tal como se aprecia claramente, en la prueba mencionada. (Adjunta)

**3.8 Cargo 9: Registro Inadecuado de Títulos Valores en custodia de las inversiones que posee la entidad.**

**3.8 Descripción del Cargo.-**

La SPVS señala que en los Estados Financieros al 31 de Octubre de 2008, los valores en custodia de las inversiones que posee la entidad registrados en la cuenta 801 por un

valor de Bs.25.368.898, no se encuentran valuados a valores nominales tal como lo establece el Manual Único de Cuentas.

### **3.8.1 Tipificación.-**

De igual manera que en el cargo 8, esta observación fue producto de una mala apreciación de los Estados Financieros. Los Estados Financieros de Valores Unión S.A. al 31 de Octubre de 2008, si se encuentran valuados a Valores Nominales en sus cuentas 801.00 tal como lo establece el Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296/06 del 24 de Noviembre de 2006. Al efecto adjuntamos Reporte de cartera valorada que demuestra la tasación a Valor Nominal de cada valor y que además cuadra claramente con el Reporte de cartera Propia.

Por tanto, no se justifica de ningún modo este cargo y en este sentido solicitamos sea nuevamente sujeto a evaluación y en consecuencia, se proceda a su revocatoria.

### **3.9 Cargo 10: Informes del Oficial de Cumplimiento no revelan la realización del Programa de Cumplimiento**

#### **3.9.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado por la SPVS, se incumplió con el artículo 42 inciso f) de la normativa para agencias de bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, refiriendo como ejemplo la comunicación al Directorio sobre modificaciones a la normativa.

#### **3.9.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada por la SPVS, no es correcta pues basados en el espíritu de la Ley el subsumir el cargo al primer rango de multa establecido en el artículo 20 resulta desmedida, pues la acción u omisión observada en ningún caso a) causo perjuicio de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores; b) produjo ganancias, ventajas ni pérdidas para sí o para terceros; c) no tuvo repercusiones en el mercado de valores, y sobre todo es susceptible de ser enmendada cual es el espíritu de la norma sancionatoria.

### **3.10 Cargo 11: El programa de Cumplimiento no contiene mecanismos que aseguren la capacitación del personal de la agencia**

#### **3.10.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado por la SPVS, se incumplió con el artículo 37 de la normativa para agencias de bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, refiriendo que el Programa de Cumplimiento deberá contener mecanismos a través de los cuales se asegure la capacitación permanente sobre el marco normativo que regula las actividades de la Agencia de Bolsa y del Mercado de Valores.

#### **3.10.2 Tipificación**

Llama profundamente la atención que en el inicio de la redacción del cargo la SPVS, manifiesta "Si bien hasta octubre de 2008 la agencia de bolsa capacito a su personal, sobre el mercado de valores, el Programa de Cumplimiento de la Agencia de Bolsa no contiene mecanismos a través de los cuales se..." Queda claro entonces,

que la Agencia de Bolsa ha cumplido con la capacitación permanente que su personal debe recibir sobre modificaciones a la normativa y se ingresa en el campo de la especulación (subjetiva) sobre medidas garantistas exigidas al Programa de Cumplimiento inobservando la normativa legal aplicable, que no amerita a una sanción con multa de primer rango, por lo que el subsumir el cargo al primer rango de multa establecido en el artículo 20 resulta desmedida, pues la acción u omisión observada en ningún caso: a) causo perjuicio de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores; b) produjo ganancias, ventajas ni pérdidas para sí o para terceros; c) no tuvo repercusiones en el mercado de valores, y sobre todo es susceptible de ser enmendada cual es el espíritu de la norma sancionatoria.

### **3.11 Cargo 13: La agencia de bolsa no ha inscrito al operador de ruedo como asesor de inversión.**

En el cargo de referencia según lo determinado por la SPVS, se incumplió con el artículo 82 de la normativa para agencias de bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, refiriendo a no contar con un asesor de inversiones.

#### **3.11.2 Tipificación**

De la revisión de resoluciones emanadas por la SUPERINTENDENCIA GENERAL DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA (SIREFI), se advierte que mediante RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 34/2009, que deja sin efecto la Resolución Administrativa SPVS 968/2008, por un cargo similar y que en equidad y al constituir un precedente jurisprudencial no aplica la sanción aplicada a nuestra Agencia de Bolsa, solicitando a su autoridad, que el cargo de referencia sea levantado.

### **3.12. Cargo 14: No se evidenció el envío a los clientes de la Agencia del Estado de Cuenta.**

#### **3.12.1 Tipificación.-**

Finalmente, respecto a este último punto, Valores Unión S.A. ratifica la prueba presentada en nuestra nota de descargos **CITE VUN 832/09.**

De esta manera, contando Valores Unión con los Estados de Cuenta referidos, damos cumplimiento al artículo 81 de la Normativa para Agencias de Bolsa concordante con el artículo 22 inciso h de la Ley 1834 "Ley del Mercado de Valores".

## **IV. CONCLUSIONES**

La ASFI debe reconsiderar la tipificación de cada uno de los cargos y consecuentemente la correcta aplicación de la norma según lo ampliamente explicado en el punto III del presente recurso.

Es importante resaltar que la SPVS no realizó una aplicación de sanciones responsables y consistentes, por lo que otorgó una misma sanción a todas las conductas sin realizar una evaluación de la gravedad de las mismas conforme a los parámetros señalados por

el artículo 11 del DS 26156 e incumpléndose el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 3 inciso c) del Decreto Supremo N° 26156.

El Principio de Proporcionalidad, también denominado en algunas legislaciones "exceso de punición", invoca que la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido. "Afectar la proporcionalidad, vulnera inclusive una garantía constitucional" (Juan Carlos Cassagne). La Sentencia Constitucional N° 038/2005-R se refiere a este principio.

Así, la justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona, constituye un principio reiteradamente declarado por la jurisprudencia, cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso legal que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito propio de los poderes discrecionales de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de estos y la arbitrariedad. No es inusual ni mucho menos infrecuente que la sanción que se nos imponga no sea la realmente adecuada a la infracción cometida.

Disponiendo la autoridad a su antojo de la graduación de la pena, utilizándola con excesiva ligereza o prescindiendo de criterios rectores de proporcionalidad en el momento de sancionar. Por último y en vista que nos encontramos ante un proceso sancionatorio, es de suma importancia que la ASFI se enfoque en fundamentar exhaustivamente los motivos por los cuales impone una determinada sanción, de otra forma está atentando con los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.

La formulación o notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al 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 en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final; así lo ha establecido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004..."

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°409/2009 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Fiscalización mediante Resolución Administrativa ASFI N°. 409/2009 de 18 de noviembre de 2009, resuelve revocar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tal como se describe a continuación:

#### **"RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE,** La Resolución Administrativa SPVS N° 212/2009 de 27 de marzo de 2009, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y

Seguros, dejando sin efecto los cargos 8 y 13, con lo que la multa impuesta en el artículo primero de la resolución impugnada queda modulada Sus. 3.000.- (Tres Mil 00/100 Dólares Americanos), de acuerdo a los criterios establecidos en la presente Resolución.

**SEGUNDO.-** Dejar firmes y subsistentes los cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, y 14 de acuerdo a la consideraciones efectuadas en la Resolución Administrativa SPVS N° 212/2009 y la presente Resolución."

En este contexto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero fundamenta la revocatoria de la Resolución Administrativa SPVS-IV 212 de 27 de marzo de 2009 de acuerdo a los siguientes criterios de orden legal:

**(..)"CONSIDERANDO:**

*Que, la Ley N° 1834 del Mercado de Valores y sus normas reglamentarias formulan como principal objetivo el de regular y promover un mercado organizado, integrado, eficaz y transparente, siendo función de la Autoridad de Supervisión cumplir y hacer cumplir estas normas y asegurar su correcta aplicación en el mercado y las políticas y objetivos que plantea la normativa del sector, velando para que el desarrollo del Mercado de Valores sea sano, seguro, transparente y competitivo.*

*Que, uno de los principios fundamentales en el mercado de valores es la presencia de información relevante, de manera suficiente, fidedigna y oportuna sobre las empresas emisoras, intermediarias, e instrumentos objeto de negociación. La transparencia en la información, hace posible que los inversionistas, en igualdad de condiciones, tengan y gocen de los mismos derechos en el mercado; ello implica adoptar decisiones basadas en una adecuada y suficiente información, especialmente en cuanto al riesgo que asumen en su inversión y la rentabilidad que esperan obtener.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, el Informe Técnico ASFI/DSV/R-53577/2009 de 4 de noviembre de 2009, señala lo siguiente:*

*Con relación al cargo 5, Órdenes de operaciones sin la identificación y firma del responsable de la recepción de la orden, señala lo siguiente:*

- *De acuerdo a lo mencionado en el memorial de recurso de revocatoria y la nota cite VUN 832/09, por la cual la entidad indica que las órdenes observadas corresponden a los días de capacitación de la funcionaria María Esther Rojas Ecos, sin embargo adjuntan los comprobantes debidamente firmados por el Gerente General.*
- *Resulta injustificable que la entidad argumente que incumplió la norma por razones de capacitación de la funcionaria responsable de dicha tarea, ya que la mencionada actividad pudo ser subsanada inmediatamente de acuerdo a la disponibilidad de tiempo de la funcionaria responsable y no esperar hasta que producto de una inspección del ente regulador, recién se regularice la conducta.*
- *El artículo 21 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV No. 751 del 8 de diciembre de 2004, establece*

que las agencias de bolsa en su desarrollo de sus actividades deberán cumplir con Normativa para Agencias de Bolsa y la Ley del Mercado de Valores. El término deberán expresa obligatoriedad de su cumplimiento, por tanto independiente de los factores externos e internos que afectan una actividad la Agencia de Bolsa, Valores Unión S.A. debió cumplir la normativa citada.

En relación al cargo 6, Información no proporcionada por la Agencia de Bolsa, señala lo siguiente:

- Resulta necesario hacer referencia al artículo 31 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 751 del 8 de diciembre de 2004, que establece que las Agencias de Bolsa están obligadas a proporcionar dentro de las 24 horas toda la información que les soliciten los funcionarios de la Entidad Reguladora, durante las inspecciones que realicen, en caso contrario dicha información será considerada inexistente, generando las responsabilidades consecuentes.
- La etapa de descargos dentro de un proceso sancionador, forma parte de las inspecciones in situ, por lo que de acuerdo con lo expuesto anteriormente Valores Unión Agencia de Bolsa debió presentar la información observada dentro de las 24 horas que establece la Ley.

En relación al cargo 8, Registro Inadecuado de Títulos Valores en Custodia de Terceros, señala lo siguiente:

- En la nota VUN-832/09 de fecha 12 de marzo de 2009, Valores Unión S.A. expresa textualmente "...Durante la presente gestión, la cuenta 607 valores de terceros en custodia se valuarán a valores nominales como lo establece el Manual Único de Cuentas", aceptando expresamente la observación. Sin embargo, de la revisión a la documentación remitida en el memorial de recurso de revocatoria se observa que lo registrado en los estados financieros en la cuenta 607 se encuentran valuados a valores nominales por lo que se deja sin efecto el incumplimiento al Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV- N° 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, en lo dispuesto a la "Descripción" de la cuenta 607.00 "Valores de terceros en custodia".

En relación al cargo 9, Registro inadecuado de Títulos Valores en custodia de las inversiones que posee la entidad, señala lo siguiente:

- La cartera valorada al 31 de octubre de 2008, cuadra con los estados financieros a dicha fecha, en las cuentas 102 "Inversiones bursátiles en valores e instrumentos representativos de deuda" y 103 "Inversiones en operaciones de reporto". Sin embargo, no cuadra con la cuenta 801 que corresponde al registro y custodia de la entidad de las inversiones que posee la entidad.
- Las inversiones que posee en la entidad en acciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y SAFI Unión S.A. no figuran en la cartera valorada al 31 de octubre de 2008. Tampoco se evidencia que en dicho reporte exista un apartado de "cartera de títulos en posición propia en custodia", por lo que hubieran incumplido el Manual Único de Cuentas, en lo dispuesto en la "Descripción" de la

cuenta 801.00 "Registro y custodia de la entidad" y "Descripción" de la cuenta 800.00 "Cuentas de registro deudoras".

En relación al cargo 14, "No se evidenció el envío a los clientes de la Agencia del Estado de Cuenta", señala lo siguiente:

- Por lo expuesto en la nota VUN-832/09, Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa S.A. envió al cliente Juan Freddy Aliaga fotocopias simples del estado de cuenta al **31 de julio de 2008**, con firma y constancia de entrega de dicho documento. Sin embargo, cabe aclarar que dichos documentos no fueron entregados dentro la inspección, por lo que, dicho cargo se dejó sin efecto para el cliente Juan Freddy Aliaga, en la etapa de evaluación de descargos.
- Para los clientes Nancy Raquel Jáuregui Ferrufino, René Eduardo Orellana y María Alcira Arteaga Vda. De Garzón, el cargo imputado se refiere al periodo del 31 de octubre de 2008, considerando que no existe evidencia de que la Agencia de Bolsa haya entregado los estados de cuentas al 31 de octubre de 2008. Al respecto, la Agencia de Bolsa dentro de los descargos presentados en la mencionada nota no ha remitido documentación que demuestre la entrega a estos clientes de los estados de cuenta al 31 de octubre de 2008, solo se limitó a enviar fotocopias simples de los estados de cuenta al 31 de julio de 2008, con firma y constancia de entrega de dicho documento. Por tanto, se incumplió el artículo 81 de la Normativa para Agencias de Bolsa y el artículo 22 inciso h) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 del 31 de marzo de 1998.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, la Resolución Administrativa SPVS No. 751/2004 del 8 de diciembre de 2004, cuyos artículos 82 y 83 de manera textual expresan "...para la prestación de servicios de la administración de cartera, las Agencias de Bolsa deberán contar con **Aseores de inversión** que deberán estar debidamente **autorizados e inscritos en el registro de mercado de valores y desempeñaran** las funciones de mantener contacto con los inversionistas y el público en general podrán administrar las carteras de clientes con expresa autorización de la agencia .(..)" Art. 83(...) "Los **operadores de Ruedo** también podrán ser registrados en el mercado de Valores como **asesores de Inversión, con la limitación de que solamente podrán asesorar a clientes eventuales y a clientes cuyas carteras se encuentren administradas en forma no discrecional**" (...) (las negrillas y subrayado son nuestros)

Que, los fundamentos presentados por Valores Unión S.A. hacen referencia a que la mencionada Agencia de Bolsa no brinda servicios de administración de cartera consecuentemente, siguiendo los lineamientos establecidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 34/2009 de 30 de marzo de 2009, no se ha vulnerado el artículo 83 de la Resolución SPVS No. 751/2004 que aprueba la Normativa de Agencias de Bolsa.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, el principio de proporcionalidad, en materia sancionadora, implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer.



Que, de acuerdo a lo desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, "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 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".

Que, la Administración Pública debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido. En ese sentido, 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.

Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 63 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, constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a los Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI, las mismas que serán clasificadas según la naturaleza y gravedad.

Que, la Ley del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998, establece que la sanción de amonestación recaerá sobre faltas e infracciones leves (**hechos y actos imprudentes que no pudieron evitarse**) que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el Mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda y regularización.

Que, de igual manera el artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores establece que la sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (**actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar**), en los casos, montos y cuantías fijadas en reglamento.

Que, el Reglamento de Sanciones del Sector de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156, establece en su artículo 12 inciso a) que la sanción de **amonestación será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves**, que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.

Por otro lado, establece en el inciso b) que se aplicará la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

Que, la potestad sancionadora en materia administrativa, es una manifestación del ius puniendi del Estado, la misma que se encuentra constreñida a los Principios Jurídicos Generales que limitan su ejercicio.

Que, bajo ese contexto, la Autoridad de Supervisión del Sistema de Financiero tiene la facultad de determinar y sancionar administrativamente las infracciones a la normativa que regula el sector de valores, pudiendo en virtud de dicha facultad aplicar gradualmente las sanciones, sobre la base de parámetros objetivos.

Que, el establecimiento de sanciones por parte del órgano Regulador se somete a diversos principios. En ese sentido, al establecer una sanción, se debe tener en cuenta: a) el principio de legalidad, b) el principio de tipicidad, c) ponderar adecuadamente la relación entre la sanción y la infracción cometida, a fin de que la sanción responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (principio de proporcionalidad).

**CONSIDERANDO:**

Que, el principio de tipicidad, establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 23 de abril de 2002, determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Que la Resolución Jerárquica 32/2005 de 19 de agosto de 2005 desarrolla ampliamente el mencionado principio, estableciendo que "(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar 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 exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria."

Que, bajo ese criterio jurídico, para realizar una correcta subsunción del supuesto factico se grafica el siguiente cuadro:

CARGO	PRAECEPTUM LEGIS	SACTIO LEGIS	CLASES DE INFRACCIÓN
1. Multas del Ministerio de Trabajo registrado con otros pagos anticipados.	Manual Unico de Cuentas RA SPVS No. 1296/06 Descripción Cuenta 110.00	Artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores-	Amonestación de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de infracciones en general. (Infracciones que no haya generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.)

2. Operaciones realizadas con clientes de cartera propia de la agencia de bolsa sin evidencia de confirmación de contraparte.	Resolución Administrativa SPVS No. 751, artículo 101.	Artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores.	Multa de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de infracciones en general. (Infracciones cometidas por culpa)
3. Incumplimiento a la normativa interna de la agencia de bolsa	Incumplimiento a los artículos 8 y 12 del Reglamento Interno de la Agencia de Bolsa, e incumplimiento del inciso b) del artículo 21 de la R.A. 751.	Artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores.	Multa de Primer Rango de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 inciso b) numeral 4 del Decreto Supremo No. 26156 "Incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por la Superintendencia."
4. Comunicación del Directorio de la Sociedad sobre la conformidad del trabajo de auditoría externa 2007.	Ultimo párrafo del punto 4 Instructivo para realizar auditorías externas aprobado mediante Carta Circular SPVS IV No. 45/2007.	Artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores.	Amonestación de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de Infracciones en general. (Infracciones que no haya generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.)
5. órdenes de operaciones sin la identificación y firma del responsable de la recepción de la orden.	Resolución Administrativa SPVS No. 751 artículo 51 punto 13 del inciso b)	Artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores.	Amonestación de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 inciso a) numeral 2 del Decreto Supremo No. 26156 "No llevar o no mantener actualizados los libros, registros o archivos de acuerdo a lo exigido por las disposiciones normativas aplicables.
6. información no proporcionada por la agencia de bolsa.	Resolución Administrativa SPVS No. 751 artículo 31.	Artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores.	Multa de Primer Rango de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 inciso b) numeral 5 del Decreto Supremo No. 26156 Negar o dilatar sin causa justificada la entrega de información que fuera formalmente solicitada por la Superintendencia.
8. Registro inadecuado de títulos valores en custodia de terceros.	Manual Unico de Cuentas en lo dispuesto en Descripción de la cuenta 607.00	REVOCADO	REVOCADO
9. Registro inadecuado de títulos valores en custodia de las inversiones que posee la entidad.	Manual Unico de Cuentas en lo dispuesto en Descripción de la cuenta 801.00 y Descripción de la Cuenta 800.00	Artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores.	Multa de Primer Rango de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 inciso b) numeral 9 del Decreto Supremo No. 26156 Incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por la Superintendencia.

10. Informes del Oficial de Cumplimiento no revelan la realización del programa de cumplimiento.	Resolución Administrativa SPVS IV No. 751 artículo 42 inciso f	Artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores.	Multa de Primer Rango de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 inciso b numeral 8 del Decreto Supremo No. 26156 Llevar por parte de las entidades fiscalizadas por la Superintendencia, controles internos deficientes.
11. El programa de cumplimiento no contiene mecanismos que aseguren la capacitación del personal de la agenda.	Resolución Administrativa No. 751 artículo 37 segundo párrafo.	Artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores.	Multa de Primer Rango de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 inciso b numeral 8 del Decreto Supremo No. 26156 Llevar por parte de las entidades fiscalizadas por la Superintendencia, controles internos deficientes.
13. La Agencia de Bolsa no ha inscrito al operador de rueda como asesor de inversión.	Resolución Administrativa No. 751 artículo 83.	REVOCADO	REVOCADO
14. No se evidencio el envío a los clientes de la agencia del estado de cuenta.	Resolución Administrativa SPVS IV No. 751 artículo 81 y el artículo 22 inciso h) de la Ley de Mercado de Valores.	Artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores.	Amonestación de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 Inciso a numeral 1 del Decreto Supremo No. 26156 No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente.

Que, de lo explicado precedentemente y analizando la presente controversia, se puede determinar la existencia de una violación al ordenamiento administrativo), tal cual lo acredita la Resolución SPVS No. 212/2009 de 27 de marzo de 2009.

Que, sin embargo la mencionada Resolución, omitió realizar una adecuada subsunción y consiguiente tipificación de las sanciones, lo que ocasionó que Valores Unión Agencia de Bolsa SA no conozca con exactitud la sanción aplicable a su conducta antijurídica.

Que, de acuerdo al cuadro establecido precedentemente, que identifica detalladamente la norma infringida y la sanción aplicable de acuerdo al Reglamento de Sanciones aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156 corresponde aplicar las sanciones establecidas de acuerdo al principio de proporcionalidad, considerando a la vez el concurso real de infracciones aplicable en materia administrativa, el cual supone que ante la concurrencia de una pluralidad de conductas o hechos debe dictarse una misma sentencia o pena, la que se determinará de acuerdo a la suma resultante de la acumulación de penas correspondientes a los diversos hechos. Esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Que, bajo ese contexto se tiene que para los cargos 1, 4, 5 y 14 se aplicaría la sanción de amonestación, y consecuentemente una sanción de multa de primer rango para los cargos 2, 3, 6, 9, 10 y 11.

Que, el artículo 13 del Decreto Supremo No. 26156, Reglamento de Sanciones del Mercado de Valores, establece que las multas de primer rango serán sancionadas desde \$us. 500 hasta \$us. 10.000.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-

57793/2009 de 17 de noviembre de 2009, ha concluido señalando que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, desvirtuaron parcialmente las consideraciones expuestas en la Resolución recurrida, estableciendo que los argumentos y la prueba presentada por Valores Unión Agencia de Bolsa S.A., con relación a los cargos 8 y 13, desvirtuaron el incumplimiento a la normativa vigente, por lo que recomienda dejar sin efecto esos dos cargos sancionados.

Que, por otro lado y en relación a los cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11 y 14, la Resolución impugnada, al sancionar de manera global y no adecuar las conductas antijurídicas a un tipo de sanción, vulnera el principio de tipicidad y consecuentemente el principio de proporcionalidad establecidos en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que, bajo este contexto recomienda revocar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS No. 212/2009 de 27 de marzo de 2009..."

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 09 de diciembre de 2009, **VALORES UNIÓN S.A.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 409/2009 de 18 de noviembre de 2009, expresando lo siguiente:

##### **III. EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.**

La ASFI en la Revocatoria Parcial de la Resolución impugnada, manifiesta los siguientes fundamentos:

"...el principio de proporcionalidad, en materia sancionadora, implica la relación que deba existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Que, de acuerdo a lo desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 el Principio 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 inmanente el 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 s(sic) al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida."

"Que, la administración Pública debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido. En ese sentido, 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. Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 63 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, constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a los Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI, las mismas que serán clasificadas según la naturaleza y gravedad. Que la ley, del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998, establece que la sanción de amonestación recaerá sobre faltas e infracciones leves (hechos y actos imprudentes que no pudieron evitarse) que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda y regularización. Que de igual manera el artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores establece que la sanción de multa se aplicara a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijadas en reglamento. Que, el reglamento de Sanciones del Sector de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156, establece en su artículo 12 inciso a) que la sanción de amonestación será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves, que no hayan incurrido en infracciones graves, que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularizaron. Por otro lado, establece en el inciso b) que se aplicara la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en lo que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos, que la potestad sancionadora en materia administrativa, es una manifestación del ius puniendi del Estado, la misma que se encuentra constreñida a los Principios Jurídicos Generales que limitan su ejercicio. Que, bajo el contexto, la Autoridad de Supervisión del Sistema de Financiero tiene la facultad de determinar y sancionar administrativamente las infracciones a la normativa que regula el sector de valores, pudiendo en virtud de dicha facultad aplicar gradualmente las sanciones, sobre la base de parámetros objetivos. Que, el establecimiento de sanciones por parte del Órgano Regulador se somete a diversos principios. Es ese sentido, al establecer una sanción, se debe tener en cuenta: a) el principio de legalidad, b) el principio de tipicidad, c) ponderar adecuadamente la relación entre la sanción y la infracción cometida, a fin de que la sanción responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (principio de proporcionalidad). Que, el principio de tipicidad, establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 23 de abril de 2002, determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Que la Resolución Jerárquica 32/2005 de 19 de agosto de 2005 desarrolla ampliamente el mencionado principio, estableciendo que "(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar 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

exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria."

La Resolución impugnada, mediante la elaboración de un cuadro (páginas 7-9 de la Resolución) trata de justificar la sanción impuesta a Valores Unión describiendo los cargos 1,2,3,4,5,6,9,10,11, y 14; determinado las clases de infracción en forma enunciativa, sin establecer el monto de cada uno de ellos (al margen de los sancionados con AMONESTACION 1,4,5 y 14 y los REVOCADOS 8 y 13) que es básico para una correcta tipificación de cada uno de los cargos y si corresponderíasanción aplicarla expresamente en cada caso. Con el criterio empleado por el Regulador, como se puede interpretar la sanción "modulada" de \$us.3.000? sino existe un monto por cada uno de los cargos sancionados con multa. Justamente ahí radica lo medular de nuestra impugnación, cuando hemos exigido aplicar el Principio de Proporcionalidad, lo que no ha sucedido por más de querer forzar la figura y, el corolario de lo expuesto se da, cuando en el párrafo final de la página 9 de la citada Resolución se lee: "Que, sin embargo la mencionada Resolución, omitió realizar una adecuada subsunción y consiguiente tipificación de las sanciones, lo que ocasionó que Valores Unión Agencia de Bolsa S.A. no conozca con exactitud la sanción aplicable a su conducta antijurídica" Las (sic) ASFI incurre en el mismo error al querer justificar una multa global cuya rebaja se da en el orden de \$us. 1.000 en relación a la inicial, para quedar en \$us. 3.000; la pregunta obligada es, de donde proviene ese monto?; el cuadro de las paginas 7-9 de la Resolución no lo establecen; es más la jurisprudencia administrativa esgrimida por ASFI viene a reforzar nuestros argumentos y por tanto a establecer que al emitirse la Resolución ASFI/No. 409/2009 no se ha tomado en cuenta nuestros Fundamentos de Derecho (Cargos, Tipicidad y Multa) para cada uno de los Cargos de nuestro memorial de Recurso de Revocatoria, expresados con toda claridad.

Todos los Cargos imputados a Valores Unión por parte de la SPVS se realizaron sin efectuar el desglose de la multa económica a cada uno de los cargos al momento de determinar el tipo de infracción y la multa aplicable.

La ASFI, pese a lo establecido en el tantas veces citado cuadro, de forma incorrecta, tipificó todas las conductas con multa, bajo un mismo rango de sanción, el que además no se adecua a las acciones y omisiones en las cuales se funda la misma. Por lo que los derechos subjetivos e intereses legítimos de Valores Unión se vieron vulnerados con la Resolución hoy impugnada.

Consideramos que lo correcto es realizar un análisis individual de cada cargo para determinar la tipificación correcta según las características de cada acción u omisión, de forma tal que se pueda establecer la sanción correspondiente a cada cargo de forma justa, responsable y proporcional a la gravedad de cada infracción, en caso de que esta exista.

#### **IV. PETITORIO**

Por los argumentos de hecho y de derecho expuestos, al amparo del artículo 53 y siguientes del Decreto Supremo 27175 y dentro del término de 10 días hábiles administrativos, interponemos el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI/No. 409/2009 de fecha 18 de noviembre, solicitando a su autoridad REVOQUE la

*misma, conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley del Mercado de Valores y demás normas aplicables, con todas las formalidades establecidas por ley.*

## **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Valores Unión S.A. establece como fundamento principal de su recurso la vulneración al Principio de Proporcionalidad, señalando que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no realizó un análisis individual de cada cargo al determinar al momento de imponer una única sanción, impetrando realizar una tipificación correcta según las características de la infracción de cada uno de los cargos imputados y aplicando una sanción individual para cada uno de ellos.

Es así que, en primer término corresponde realizar un análisis sobre los principios rectores de la actividad administrativa y demás garantías procesales para luego ingresar a la revisión de derecho sobre lo impugnado por el recurrente.

### **1. DE LOS PRINCIPIOS.-**

#### **1.1 Principio de proporcionalidad.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la emisión de Resolución Administrativa ASFI No. 409/2009 de 18 de noviembre de 2009, hace referencia al principio de proporcionalidad trayendo a colación un extracto del precedente administrativo sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera No. 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, correspondiendo desarrollar inextenso lo sentado por el ente jerárquico, cual se transcribe a continuación:

*“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.** (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, misma que hacen referencia a lo transcrito en la Resolución Administrativa 409/2009 de 18/112009).

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 agrupación, además de las contenidas en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión."

Asimismo, en base al principio señalado el órgano de regulación concluye de la siguiente manera: "Que, la Administración Pública debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido. En este sentido, toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado."

## **1.2.- Principio de Congruencia.-**

El Principio de Congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

*"... 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".*

*"...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". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por su parte, el Profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha.

Por lo que, la motivación expresada por la administración, en sujeción al principio de congruencia, debe estar íntimamente ligada a la decisión adoptada.

En este contexto, la sanción a imponer no constituye una simple decisión discrecional por parte del Regulador, ya que la motivación del porque se llegó a imponer una determinada multa también debe ser debidamente motivada, respetando de esta manera el debido proceso.

### **1.3.- Sobre la Seguridad Jurídica.-**

La seguridad jurídica no se encuentra contextualizada como un principio rector de la actividad administrativa, sin embargo este no debe ser soslayado por la Administración Pública, debido a que 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, estableciéndose en consecuencia un orden público y una armonía legislativa ya que si no habría estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica (como lo es la imposición de una sanción justa), obviamente los sometidos a la ley no pueden estar gozando del derecho a seguridad.

Tenemos entonces que la Seguridad jurídica no es más que la aplicación objetiva de la ley de tal modo que todos los individuos sometidos al imperio de la misma sepan en cada momento y con meridiana claridad cuáles son sus derechos, obligaciones y el porqué se los juzga o sanciona, sin que el arbitrio de los órganos de poder pueda causarles perjuicios. Implicando a su vez un derecho de certeza y certidumbre que tiene todo sujeto procesal frente a las decisiones, ya sean judiciales, administrativas o de cualquier otra índole legal, quienes deben motivar adecuadamente su decisión respetando y resguardando los principios fundamentales y legales y es los referidos al principio de buena fe, legalidad, legitimidad y sometimiento pleno a la Ley, de los actos administrativos.

Podemos afirmar entonces que la seguridad jurídica se orienta a lograr la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado, prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación.

## **2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

Compulsado el expediente administrativo, y en base al Principio de Proporcionalidad desarrollado precedentemente y lo concluido por el fiscalizador sobre dicho principio, tenemos que:

Tal cual se desprende del análisis realizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, esta señala que la *“Administración Pública debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido...”*. En este contexto tenemos que la Resolución Administrativa ASFI No. 409/2009 realiza un análisis de todos y cada uno de los cargos imputados y las infracciones cometidas en un cuadro comparativo, en el que ilustra tanto el accionar del regulado, así como las infracciones cometidas, para posteriormente concluir en la **parte considerativa** con la aplicación de sanción de amonestación para los cargos 1, 4, 5 y 14 y sanción pecuniaria única para los cargos 2, 3, 6, 9, 10 y 11.

De lo fundamentado por el recurrente, resulta evidente que el regulado no se siente conforme con la sanción impuesta, y no le permite ejercer adecuadamente el derecho a la defensa, al desconocer, el monto sancionado ya que la Autoridad Fiscalizadora, no ha explicado, menos individualizado el monto de sanción que ha aplicado, que correspondería para cada cargo (2, 3, 6, 9, 10 y 11) alegando la conculcación al principio de proporcionalidad arriba desarrollado.

Siguiendo el presente análisis, se tiene que el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limita a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde.

Por otro lado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala que: *“(...) al existir un concurso real de infracciones... “(...) la suma de todas estas no podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate”*, habiendo el regulador sancionado a Valores Unión S.A. con multa de primer rango.

En este contexto el inciso a) del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 establece una multa en el grado de Primer Rango de \$us. 500, hasta \$us 10.000, siendo una facultad discrecional del operador de justicia administrativa, establecer bajo ese parámetro económico la sanción a imponer, pero sin olvidar la obligación de motivar no solamente la conducta de la infracción sino también la sanción que se imponga.

El regulador señala que las acciones e infracciones cometidas por el recurrente constituyen un Concurso de infracciones, entonces la sanción de multa habría sido impuesta, tomando dicha consideración y estableciendo un monto único, sin embargo no fundamenta y permite evidenciar la aplicación correcta del Art. 7 del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001.

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 en un porcentaje determinado por ley como consecuencia de la comisión de más de una infracción ya sea con un acto o varios actos sucesivos.

Por lo que, queda claro que dentro los parámetros de sanción que establece el artículo 13, del Decreto Supremo N° 26156 (desde \$us. 500 hasta \$us. 10.000), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de imponer sanción pecuniaria por los cargos 3, 6, 9, 10 y 11, 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.

En efecto, sí la Autoridad Fiscalizadora, hubiere realizado una correcta aplicación de la norma, desarrollando en la parte considerativa, el monto de sanción que se pretendía imponer a cada una de las infracciones cometidas sujetas a sanción pecuniaria, para luego aplicar el procedimiento establecido para el Concurso de Infracciones, hubiera dado certidumbre y certeza que el administrado, permitiendo ejercer su derecho a la defensa, sobre determinaciones clara y precisas, sin lugar a la emisión de un acto administrativo poco claro.

Finalmente, al alejarse del procedimiento, generó mayor confusión en el regulado, cuando no fundamenta el monto de sanción, pese a determinar sanción de amonestación para los cargos 1, 4, 5 y 14 y haber dejado sin efecto los "cargos 8 y 13 imputados".

En conclusión se tiene que el Órgano de Fiscalización no motivó adecuadamente su decisión al imponer la multa al regulado por las infracciones cometidas creando

incertidumbre en la emisión del acto ante el regulado debiendo en consecuencia individualizar la multa impuesta para cada cargo formulado y determinar en forma clara y precisa el procedimiento que sigue para la imposición final de la sanción que se vaya a imponer.

Por otro lado y no menos relevante, y siguiendo el principio de economía procesal, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI No. 409 de 18 de noviembre de 2009, no ha seguido del debido proceso, en los siguientes temas.

- a) Pese a determinar en su parte considerativa, que para los cargos 1, 4, 5 y 14, correspondía la imposición de una sanción de amonestación, sin embargo en la parte resolutive no se pronuncia de dicho extremo, más por el contrario resuelve revocar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS No. 212/2009 de 27 de marzo de 2009, determinando dejar sin efecto los cargos 8 y 13, con lo que la multa impuesta en el artículo primero de la resolución impugnada se reduce a Sus. 3.000.- (Tres Mil 00/100 Dólares Americanos), es decir se estaría imponiendo sanción por los cargos 1, 4, 5 y 14, cuando la fundamentación determinaba solo amonestación.
- b) Es más como se pudo observar, en la parte resolutive, deja sin efecto **los cargos 8 y 13**, cuando lo que correspondía, era dejar sin efecto la sanción impuesta, o en su caso determinar la desestimación del cargo impuesto, ya que no debe olvidarse que la parte resolutive de la Resolución Administrativa SPVS No. 212/2009, se ha impuesto sanción.

Estos hechos, permiten determinar que la ASFI a su vez no cumplió el Principio de Congruencia, transgrediendo de esta manera el derecho a la defensa y al debido proceso.

Por todo lo anteriormente expuesto, corresponde que esta instancia jerárquica, regularice el procedimiento, determinando la anulación, protegiendo de esta manera el derecho a la defensa del regulado,.

### **3. ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.-**

Conforme se estableció en los precedentes administrativos emitidos mediante Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a defectos de forma, cuando el acto carezca de

los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 37 norma la convalidación y saneamiento procesal de los actos anulables disponiendo en su parágrafo I lo siguiente:

*“Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.”*

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión del recurrente causal fundamental para su aplicación.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo cuando exista indefensión del recurrente.

**POR TANTO:**

La Ministra interina de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo sancionador hasta la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa motivando en derecho y ajustándola conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Antonia Rodríguez Merdrano**  
**Ministra de Economía y Finanzas Públicas a.i.**



## **RECURRENTE**

BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 398/2009 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2010 DE 19 DE ABRIL DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA PARCIALMENTE Y ANULA**





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI014/2010**

La Paz, 19 de abril de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 398/2009 de 18 de noviembre de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 de 23 de abril de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 020/2010 de 12 de abril de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 09 de diciembre de 2009, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** representada legalmente por el señor Carlos Alberto Pozzo Velasco, tal como acredita el Testimonio Poder No. 364/2008 de 24 de septiembre de 2008, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 083 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Carla ChávezValencia, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 398/2009 de 18 de noviembre de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 de 23 de abril de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 66119/2009 con fecha de recepción de 14 de diciembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 398/2009 de 18 de noviembre de 2009, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 16 de diciembre de 2009, notificado en fecha 22 de diciembre de 2009.

Que, mediante Auto de 6 de enero de 2010, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing., Mario Guillén Suárez, designando al Lic. Roberto Ugarte, Viceministro de Política Tributaria para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Guillen en la tramitación del Proceso Recursivo hasta su conclusión.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 022 de 04 de febrero de 2010, publicada en el Matutino La Razón el 12 de febrero del mismo año, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas delega a la Viceministra de Política Tributaria, Dra. Julia Susana Ríos Laguna, la emisión y firma de todo actuado administrativo necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexas, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, de los procesos recursivos en los que el Viceministro de Pensiones y Servicios Financiero, Ing. Mario Guillen Suárez, presente excusa o sea recusado.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 005/2010 de 25 de febrero de 2010 se amplía el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos, para resolver el Recurso Jerárquico interpuesto por **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**

Que, en fecha 3 de febrero y 30 de marzo de 2010, se recibieron las Exposiciones Orales de Fundamentos de la entidad recurrente **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** y Tercero Interesado, señor Adolfo Castillo Caballero, representante legal de C-TRANS respectivamente.

Que la ciudadana Antonia Rodríguez Medrano, Ministra de Desarrollo Productivo y Economía Plural, ha sido designada como Ministra Interina de Economía y Finanzas Públicas.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS-IV No. 289 DE 23 DE ABRIL DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa SPVS-IV No. 289 de 23 de abril de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió lo siguiente:

##### **“RESUELVE:**

##### **ARTICULO 1º**

*Sancionar a **BISA SAFI S.A.** con multa equivalente el Bolivianos a \$us. 2000.- (Dos mil 00/100 Dólares Norteamericanos), de conformidad a lo prescrito por el artículo 12º literal b), artículos 19º y 20º literales a) y b) Primer Rango: numerales 4 y 8, aplicables en el marco del artículo 13º del Decreto Supremo N° 26156, por infracciones a lo dispuesto por los artículos: 43º literal b) de la Normativa de Fondos de Inversión aprobada por Resolución Administrativa SPVS-IV N° 421/2004 y sus modificaciones...”*

#### **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 20 de octubre de 2009, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 de 23 de abril de 2009, con los siguientes argumentos:

##### **“(…) IV. RECURSO DE REVOCATORIA.**

*Con el objetivo de exponer en forma ordenada los argumentos de respaldo del presente recurso, pasamos a plantear los mismos en base al orden establecido por la RA289.*

##### **4.1. Consideraciones respecto de la Nulidad del Proceso y Anulabilidad de la Notificación de Cargos.**

*Consideramos necesario que de manera previa a la exposición de los argumentos sobre los que se basa el presente Recurso de Revocatoria, hagamos mención a dos temas fundamentales respecto del accionar de la SPVS, los cuales no fueron tomados en cuenta por la extinta entidad reguladora a*

momento de analizar la Nota de Descargos presentada por BISA-SAFI y elaborar la RA289.

#### **4.1.1. Nulidad del Proceso.**

Tal como fue señalado en el punto 3.2.1. del presente memorial, BISA – SAFI hizo notar a la SPVS a través de la Nota de Descargos, que de una lectura de la Notificación de Cargos se evidenció que la entidad reguladora sustentó los cargos formulados en el Informe SPVS/IV/DI/208/2008, pero que sin embargo, una copia de dicho documento no fue adjuntada a la señalada Notificación de Cargos, razón por la cual BISA - SAFI desconocía el alcance del mismo, entendiéndose que al no adjuntar ese documento fueron perjudicados nuestros legítimos intereses y nos fue causada indefensión, tomando en cuenta además que el plazo corría en contra nuestra.

Sobre el particular, consideramos necesario hacer notar su Autoridad que al no poner en nuestro conocimiento el informe SPVS/IV/DI/208/2008, la SPVS vulneró el Derecho al Debido Proceso que como a cualquier otra persona, ampara a BISA - SAFI, entendido el mismo como: "...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..." (Sentencias Constitucionales 418/2000 - R y 1276/2001- R entre otras).

Tal como señaláramos en la Nota de Descargos, con su accionar la SPVS ha causado indefensión a BISA - SAFI, vulnerando las estipulaciones de los Artículos 119 y 120 de la Constitución Política del Estado, referidas al Derecho a la Defensa y al Debido Proceso.

En este sentido, mediante el presente memorial dejamos expresa constancia para los fines consiguientes que en derecho nos asisten, de la vulneración a los derechos constitucionales de BISA - SAFI cometida por la SPVS.

#### **4.1.2 Anulabilidad de la Notificación de Cargos.**

No obstante la vulneración a los derechos constitucionales de BISA - SAFI por parte de la SPVS, también deseamos dejar constancia mediante el presente memorial acerca de la Anulabilidad de la Notificación de Cargos, la cual no obstante consignar como **fecha de emisión el 20 de febrero de 2009**, fue **notificada** por la SPVS a BISA - SAFI **el 23 de marzo** del mismo año (más de un mes después), vulnerándose de esta manera el Parágrafo III del Artículo 332 de la Ley de Procedimiento Administrativo No.2341 de 23 de abril de 2002, que a la letra señala:

"III. La notificación deberá ser realizada en el plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha en la que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro del mismo."

De acuerdo con el Parágrafo III del Artículo 36° de la norma citada, la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido, da lugar a la Anulabilidad del acto.

#### **4.2 Consideraciones respecto del PRIMER CARGO.**

Con el fin de otorgar mayor claridad a los argumentos en los que se basa el presente Recurso de Revocatoria en cuanto se refiere al Primer Cargo, a continuación haremos una breve reconstrucción de lo expresado por la SPVS tanto en la Notificación de Cargos, como en la RA289, así como de lo expresado por BISA - SAFI en la Nota de Descargos.

##### **4.2.1 La Notificación de Cargos.**

La SPVS señaló en la Notificación de Cargos que "... se observó que el comprobante de compra/rescate de cuotas N° 499447 Form.P-D03/03 y los comprobantes de compra/rescate de cuotas revisados en la muestra, se observa que no llevarían la firma del participante, por lo que la Sociedad habríaincumplido el inciso b) del artículo 38 Procedimientos para el Rescate de Cuotas del Reglamento Interne del Fondo de Inversión Abierto Premier."

##### **4.2.2 La Nota de Descargos.**

Sobre el particular, BISA - SAFI expresó en la Nota de Descargos que: "De la simple lectura del artículo 38 del Reglamento Interno de Premier FIA CP, en forma clara se aprecia que dicho artículo hace referencia a laboleta de rescate Form. P-008/03 y no así al Form. P-003/03."

Como sustento de esta afirmación, BISA - SAFI transcribió el señalado Artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier, el cual a la letra señala que: "Para realizar los rescates de cuotas, los participantes tendrán que llenar adecuadamente el comprobante de rescate de cuotas proporcionado por la sociedad, en el cual se debe especificar como mínimo:

- a. Número de cuenta a ser afectada
- b. Nombre y firma del Participante
- c. Monto en numeral y literal
- d. Lugar y fecha del rescate
- e. Presentación de la orden de rescate de cuotas (preaviso), si corresponde
- f. Para montos menores a USD10,000.00, forma de retiro en efectivo, cheque o transferencias
- g. Llenar el formulario vigente de la Unidad de Investigación Financiera UIF, si corresponde

BISA - SAFI recalcó que el Comprobante de Rescate FORM. P-008/03 es llenado por los Participantes, situación que no se presenta en el Comprobante de Compra/Rescate de Cuotas FORM. P-003/03, el cual es un formulario en el cual no intervienen los Participantes, ya que este es un formulario utilizado por la Sociedad Administradora de manera posterior a la operación de rescate y que reúne las condiciones establecidas por el Artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

#### **4.2.3 La RA289.**

No obstante lo anterior, la SPVS alejándose totalmente del punto en discusión señala en la RA289 que: "... el Form. P-008/03 **"Rescate Dólares Americanos"**, no reúne las condiciones establecidas en el artículo 66° de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 421 de fecha 13 de agosto de 2004, para ser considerado como **"Comprobante de rescate"**. El artículo 38° del Reglamento Interno del Fondo Premier hace mención a un documento **"al Comprobante de rescate"**, la Form. P-003/03 presenta el título **"Comprobante de Compras/Rescate de Cuotas"**, que reúne las condiciones establecidas en el artículo 66° de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 421 de fecha 13 de agosto de 2004 y el artículo 382 del Reglamento Interno del Fondo Premier en sus incisos a), b) y c). Siendo que el precitado artículo 38° del Reglamento Interno del Fondo Premier aprobado por esta Superintendencia contempla el término **"Comprobante de rescate"**, documento que se encuentra regulado por el artículo 66° de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 421 de fecha 13 de agosto de 2004."

#### **4.2.4 RECURSO DE REVOCATORIA.**

Tal como fue señalado en la Nota de Descargos, ratificamos nuestra posición acerca de que el documento al que hace referencia el Artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier es el FORM. P-008/03 y no el FORM. P-003/03, ya que es físicamente imposible que sea de otra manera, debido a las siguientes razones:

- a) El Artículo 38 del referido reglamento establece que al llenar los comprobantes de rescate de cuotas, los Participantes además de llenar otros datos, deben estampar en dichos documentos su firma.
- b) El FORM. P-003/03 **no contiene** en ningún lugar **un espacio para la firma del Participante**, debido a que este es un documento utilizado por BISA - SAFI de manera posterior a la operación de rescate.
- c) **El Artículo 66** de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras (vigente en ese momento) al establecer que información

deben contener los comprobantes de rescate de cuotas, en ningún momento menciona a la firma del Participante, por lo tanto este Artículo a diferencia del Artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier, **sí hace referencia** al FORM. P-003/03.

- d) El FORM. P-008/03 "Rescate Dólares Americanos", con código 8429677, de fecha **18 de abril de 2008**, por la suma de **§us.62.380.-** (Sesenta y dos mil trescientos ochenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) **silleva la firma del Participante** en la casilla destinada para este dato. Asimismo, debemos señalar que el Participante en cuestión, al llenar el formulario señalado, **Instruyó el pago** de la cantidad antes mencionada **a la orden del señor Cesar Candia Muñoz** con Carnet de Identidad 4817067 L.P.
- e) Tanto el FORM. P-008/03 como el FORM. P-003/03 son de expreso conocimiento de la SPVS ya que ambos forman parte del Manual de Procedimientos versión 2005 de BISA - SAFI, remitido a la SPVS en fecha 14 de febrero del 2005 mediante nota Cite: SAFI/324/2005, la misma que no mereció observación alguna de parte de dicha entidad reguladora. El Reglamento Interno del Fondo Premier es también de conocimiento de la SPVS, ya que este fue expresamente aprobado, en todos sus artículos, mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-DI- N° 649/2006.

Consiguientemente, queda demostrado que el FORM. P-003/03 **cumple** a cabalidad lo establecido en el **Artículo 66** de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, **norma legal que en ninguna de sus partes dispone que dicho formulario deba contener la firma del Participante** y que de manera preocupante los funcionarios de la SPVS a cargo de la inspección realizada a BISA - SAFI, pretenden de manera forzada incluir como requisito en el Comprobante de Rescate de Cuotas.

BISA - SAFI, en cumplimiento de sus funciones de Sociedad Administradora del Fondo Premier FIA, en cada operación de rescate de cuotas cumple con lo dispuesto por el último párrafo del Artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, mismo que dispone lo siguiente:

"Asimismo, se deberá contar con comprobante o documento que respalde los rescates de cuotas, debiendo cumplir con el contenido establecido en los incisos del presente artículo, de acuerdo a las características de la operación."

Reiteramos una vez más que el **citado artículo en ningún lugar señala que la firma de Participante es un requisito para la operativa de rescate de cuotas**. Sin embargo, **BISA - SAFI** con el propósito de obtener el respaldo correspondiente en todas las operaciones de los Fondos de Inversión que administra, de iniciativa propia **ha diseñado** el FORM. P-008/03, de manera tal **que sí cuente** con un **espacio para la firma del Participante** (no obstante de no ser este un requisito legal establecido para que se dé curso a un rescate de cuotas). Cabe señalar que el FORM. P-008/03 forma parte del Manual de Organización y Funciones versión 2005 de BISA - SAFI, que fue oportunamente

remitido a la SPVS mediante nota Cite: SAFI/324/2005 de fecha 14 de febrero de 2005, en oportunidad de su adecuación a las estipulaciones de autorización de funcionamiento e inscripción en el Registro de Mercado de Valores, para de esta manera dar cumplimiento al inciso e) del Artículo 11 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras; la SPVS una vez recibido el referido Manual de Organización y Funciones, nunca se pronunció en contra del contenido del FORM. P-008/03, mismo que se encuentra en la página 24 de dicho manual, ni **tampoco** acerca del FORM. P-003/03 que se encuentra en la página 27 del mismo documento (adjuntamos fotocopias de ambas páginas, cuyo original se encuentra en archivos de la SPVS).

Teniendo en cuenta lo anterior, ha quedado demostrado que el cargo formulado por la SPVS basado en la "observación" acerca de que el Comprobante de Compra/Rescate de Cuotas No.049447 FORM. P-003/03 no lleva la firma del Participante y que por tanto se habría incumplido con el inciso b) del Artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier, ha quedado totalmente desvirtuado ya que, una vez más: (i) Los FORM. P-**003**/03 utilizados por BISA - SAFI **nunca llevan** las firmas de los Participantes; y (ii) El inciso b) del **Artículo 38** del Reglamento Interno del Fondo Premier hace referencia a los FORM. P-**008**/03 que **sí llevan las firmas de los Participantes**.

#### **4.3 Consideraciones respecto del SEGUNDO CARGO.**

Con el fin de otorgar mayor claridad a los argumentos en los que se basa el presente Recurso de Revocatoria en cuanto se refiere al Segundo Cargo, a continuación haremos una breve reconstrucción de lo expresado por la SPVS tanto en la Notificación de Cargos como en la RA289, así como de lo expresado por BISA - SAFI en la Nota de Descargos.

##### **4.3.1 La Notificación de Cargos.**

La SPVS señaló en la Notificación de Cargos que: "Al recibir la entidad la orden de rescate Forma P-008103 "Rescate Dólares Americanos" del 18 de abril de 2008, de una persona que no sería el participante, la Sociedad habría incumplido el punto 02 del procedimiento DOP/RDC/D03-1 contenida en su Manual de Procedimientos y Control Interno versión 2005, para el "Rescate de cuotas en cheque."

##### **4.3.2 La Nota de Descargos.**

Sobre el particular, BISA - SAFI expresó en la Nota de Descargos que: "Si bien en el punto 2 del procedimiento DOP/RDC/003-1 se señala que el participante presenta la carta pre-aviso o boleta de rescate a los representantes de BISA SAFI S.A. El término participante es un término genérico, ya que como ustedes interpretan entonces los participantes del Fondo Premier tendrían que ser



únicamente personas físicas, pues con ese criterio las cuentas jurídicas pertenecientes a personas jurídicas cuyas operaciones por mandato legal "necesariamente" son y deben ser manejadas por representantes personas naturales autorizados, las mismos que en la mayoría de sus operaciones las hacen a través de cartas o boletas de instrucción, como es el caso de C-TRANS, **que a través de su representante legal que firma en todos los casos las boletas correspondientes, procedía a efectuar sus operaciones habituales de esta manera, designando en la propia boleta a la persona que en uso de sus atribuciones delegaba para hacer efectivo el rescate.**"

BISA – SAFI también destacó el hecho que el procedimiento DOP/RDC/003-1 en su punto 17, señala que el cheque puede ser entregado a la persona autorizada por el Participante. En este sentido, BISA - SAFI dio lugar a la instrucción realizada en el propio FORM. P-008/03 por el señor Adolfo Castillo Caballero, representante del Participante C-TRANS S.R.L.

#### **4.3.3 La RA289.**

Una vez conocido el descargo presentado por BISA - SAFI, la SPVS de manera sorpresiva no se pronuncia sobre el mismo y faltando al procedimiento cambia el cargo formulado de "...habría incumplido el punto 02 del procedimiento DOP/RDC/003-01..." (Notificación de Cargos) a "...que la SAFI no implementó un procedimiento diferenciado para ambos tipos de participantes..." (RA289) y "adapta" este nuevo cargo al un supuesto incumplimiento al punta 02 del procedimiento DOP/RDC/003-01 "Rescate de Cuotas en Cheque" formulado en la Notificación de Cargos.

#### **4.3.4 RECURSO DE REVOCATORIA.**

Respecto de lo anterior expresamos lo siguiente:

- a) Ratificamos lo señalado en la Nota de Descargos en el entendido legal **de que ninguna persona jurídica** (justamente por su calidad de tal) **puede pronunciarse sino es a través de sus representantes legales** (personas naturales o físicas), tal como es el caso de C-TRANS S.R.L.
- b) Una vez que la **señalada empresa se pronunció en fecha 18 de abril de 2008, a través de su Representante Legal**, el señor Adolfo Castillo Caballero, **Instruyendo el pago de \$us.62.380.-**(Sesenta y dos mil trescientos ochenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), mediante la emisión de un cheque por dicha **cifra a la orden de Cesar Candia Muñoz** con Carnet de Identidad 4817067 L.P., **BISA - SAFI se limitó a cumplir con lo instruido** por el Participante del Fondo Premier, esto en atención del inciso v) del Artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras que señala como una de las obligaciones de las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, la de ejecutar las órdenes de rescate que realicen los Participantes de Fondos de Inversión abiertos. De no haber procedido de esta manera, BISA - SAFI pudo haber

tenido inconvenientes considerados como incumplimiento con los Participantes del Fondo Premier.

- c) Por otro lado, una vez más deseamos dejar constancia expresa a través del presente memorial para fines que en derecho podamos hacer valer, acerca de las fallas de procedimiento en las que la SPVS incurrió en el presente caso, ya que por un lado **debió haberse pronunciado acerca del descargo presentado** por BISA - SAFI respecto del Segundo Cargo formulado **y no en su lugar formular un nuevo cargo a través de la RA289**, la cual de acuerdo con el Artículo 68 del Reglamento SIREFI, es el acto de Conclusión del Procedimiento Sancionador establecido en la Sección II del Capítulo VI del señalado Reglamento SIREFI, de tal manera que en ella, **en la RA289, solo podía haberse impuesto o desestimado la sanción administrativa correspondiente y de ninguna manera podía haberse formulado un nuevo cargo.**

Teniendo en cuenta todo lo anterior, consideramos que han quedado claramente desvirtuados los argumentos expresados por la SPVS en la RA289 respecto del Segundo Cargo.

#### **4.4 Consideraciones respecto del TERCER CARGO.**

Con el fin de otorgar mayor claridad a los argumentos en los que se basa el presente Recurso de Revocatoria en cuanto se refiere al Tercer Cargo, a continuación haremos una breve reconstrucción de lo expresado por la SPVS tanto en la Notificación de Cargos como en la RA289, así como de lo expresado por BISA - SAFI en la Nota de Descargos.

##### **4.4.1 La Notificación de Cargos.**

La SPVS señaló en la Notificación de Cargos que: "Al mantener el cheque No. 33393 firmado por Carla Peña y Lillo Jefe de operaciones de La Paz, antes del inicio del proceso de "Rescate de cuotas en cheque", BISA SAFI SA, habría incumplido el punto 15 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenida en su Manual de Procedimientos y Control interno versión 2005,"

##### **4.4.2 La Nota de Descargos.**

Sobre el particular, BISA - SAFI expresó en la Nota de Descargos que: "... como es de su conocimiento los cheques emitidos por cuenta de los Fondos Administrados por nuestra Sociedad, deben contar imprescindiblemente con dos firmas autorizadas, de no existir dos firmas el cheque no puede ser cobrado por carecer de un requisito esencial necesario para cualquier transacción (...) El hecho circunstancial que este documento mercantil se encuentre con la firma de Carla Peña y Lillo antes del inicio del proceso de "Rescate de Cuotas en cheque", se debe a que por motivos de falta de firmas autorizadas en la ciudad de Cochabamba, nos hemos visto en la necesidad

de tener algunos cheques pre-firmados con una sola firma, los cuales como ya mencionamos líneas arriba, solo adquieren plena validez para su cobro cuando la segunda firma autorizada se la estampa para la operación que así lo amerita en el momento de ser realizada."

#### **4.4.3 La RA289**

En cuanto al descargo presentado por BISA SAFI, la SPVS reitera su posición acerca de que: "... la observación está orientada no a la firma de cheque ni a los control(sic) que la sociedad dispuso para tal efecto, si no a que el cheque No. 33393 firmado por Carla Peña y Lillo Jefe de operaciones de La Paz, este firmado **antes del inicio del proceso de "Rescate de cuotas en cheque"**, se puede observa(sic) a simple lectura del procedimiento descrito en DOP/RDC/003-1, que la actividad que activa dicho proceso es el participante con la intención de efectuar un retiro ya sea con la carta de preaviso o el llenado de la papeleta de retiro, si la sociedad considera que la firma de un cheque destinado al retiro de cuotas es una actividad que da inicio al proceso de **"Rescate de Cuotas en Cheques"** descrito en DOP/RDC/003-1, debería ver(sic) modificados su Manual de Procedimientos y Control Interno y adecuarlo a sus necesidades y prácticas (...) por tanto, siendo que la firma del cheque destinado al rescate de cuotas no es una actividad que da inicio al proceso **"Rescate de cuotas en cheque"**, descrito en el procedimiento DOP/RDC/003-1, los descargos presentados por BISA SAFI SA, no desvirtúan la observación revelada en la nota de cargo SPVS, **ratificándose** el incumplimiento al punto 15 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenida en su Manual de Procedimientos y Control interno versión 2005."

#### **4.4.4 RECURSO DE REVOCATORIA.**

Respecto de lo expresado por la SPVS tanto en la Notificación de Cargos como en la RA289 debemos señalar lo siguiente:

- a) BISA - SAFI **en ningún momento expresó** que el hecho de que la Jefa de Operaciones estampe su firma en un cheque, da inicio al procedimiento de "Rescate de cuotas en cheque".
- b) Justamente debido a que la **sola firma de la Jefa de Operaciones no es suficiente para que el cheque sea válido para su cobro**, demuestra que el procedimiento de "Rescate de cuotas en cheque" no se inicia con tal acción.
- c) La única razón por la que la Jefa de Operaciones (quien ejerce sus funciones en la ciudad de La Paz) envía cheques "pre-firmados" a las ciudades del interior, es debido a que no es eficiente ni práctico para la Sociedad Administradora ni **para los Participantes que esta persona (Jefa de Operaciones) se esté trasladando desde La Paz hacia alguna ciudad del interior solo para firmar un cheque cada vez que uno de los 1.232 Participantes del Fondo Premier desee hacer un rescate de cuotas.**

d) No consideramos necesario modificar el procedimiento de "Rescate de cuotas en cheque" DOP/RDC/003-1, ya que **los cheques firmados únicamente por la Jefa de Operaciones** y que además no llevan el nombre del beneficiario, **no son documentos válidos** sino hasta el momento en que son emitidos con el nombre del beneficiario correspondiente y es estampada la segunda firma necesaria para su validez, en cumplimiento de lo establecido por el punto 15 del señalado procedimiento de rescate de cuotas en cheque.

e) La operativa de BISA - SAFI en la emisión de cheques para el rescate de cuotas, en todo momento se rige por lo establecido en el procedimiento DOP/RDC/003-1 como fue explicado en los incisos anteriores, con el agregado de que para seguridad de los Participantes del Fondo Premier, los cheques no son válidos si no cuentan con dos firmas autorizadas para su emisión.

En este sentido y considerando la detallada explicación presentada tanto en la Nota de Descargos como en el presente memorial, han quedado definitivamente desvirtuados los argumentos de la SPVS acerca del supuesto incumplimiento por parte de BISA - SAFI al punto 15 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenido en su Manual de Procedimientos y Control interno versión 2005.

#### **4.5 Consideraciones respecto del CUARTO CARGO.**

Tal como hicimos con los anteriores cargos y con el fin de otorgar mayor claridad a los argumentos en los que se basa el presente Recurso de Revocatoria en cuanto se refiere al Cuarto Cargo, a continuación haremos una breve reconstrucción de lo expresado por la SPVS tanto en la Notificación de Cargos como en la RA289, así como de lo expresado por BISA - SAFI en la Nota de Descargos.

##### **4.5.1 La Notificación de Cargos.**

La SPVS señaló en la Notificación de Cargos que: "Al llenar el cheque No.33393 por el Oficial de Inversiones de la Regional Cochabamba de BISA SAFI S.A., la Sociedad habría incumplido el punto 10 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenida en su Manual de Procedimiento y Control interno versión 2005."

##### **4.5.2 La Nota de Descargos.**

Sobre lo anterior BISA - SAFI expresó en la Nota de Descargos que: " ... nos corresponde aclarar que la emisión de cheques puede ser (sic) efectuada por cualquier funcionario con firma autorizada, es así que la Oficial de Inversiones de Oficina Cochabamba Sra. Verónica Terceros al ser firma autorizada de nuestra Sociedad, se encuentra facultada para emitir cheques de los fondos administrados por BISA SAFI SA, tal como se señala en su Poder No.112/2005 el

mismo que es de expreso conocimiento de la SPVS, por lo que sorprende la afirmación de que se habría incumplido el procedimiento (...) Adicionalmente consideramos que la atención a los Participantes es una de las funciones que debe cumplir la Sra. Verónica Terceros, tal como se detalla en el punto 8 del Manual de Organización y Funciones, que también es de conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros."

#### **4.5.3. La RA289**

Acerca del descargo presentado por BISA - SAFI, la SPVS se pronunció de la siguiente manera: "... el procedimiento descrito en DOP/RDC/003-1 **"Rescate de Cuotas en Cheques"**, establece a simple vista que el responsable de emitir un cheque es el **"Asistente de Inversiones"**, si la sociedad considera que la emisión de un cheque destinado al rescate de cuotas podría hacerlo, cualquier funcionario con facultades legales, la sociedad debería a ver modificado su Manual de procedimientos y Control interno y adecuarlo a sus necesidades, experiencia, usos y prácticas (.. ) por tanto, siendo que la única persona responsable de emitir los cheques para rescate de cuotas es el **"Asistente de Inversiones"**, conforme lo establece el proceso **"Rescate de cuotas en cheque"**, descrito en el procedimiento DOP/RDC/003-1, los descargos presentados por BISA SAFI S.A., no desvirtúan la observación revelada en la nota de cargo SPVS 230/2009 ratificándose el incumplimiento al punto 10 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenida en su Manual de Procedimiento y Control Interno versión 2005 ... "

#### **4.5.4 RECURSO DE REVOCATORIA.**

Respecto de lo anterior pones (sic) a consideración suya los siguientes argumentos:

- a) Tal como lo establece el numeral 08 del punto 3 (FUNCIONES) de la descripción del cargo de Oficial de Inversiones (Sucursales) del Manual de Organización y Funciones de BISA – SAFI, los **Oficiales de Inversiones de las sucursales se encuentran facultados**, entre otras cosas, para: "08. Atender toda solicitud de participantes, sean estas personales o enviadas con cartas para tal efecto previa verificación de 1a o las firmas correspondientes".
- b) Respecto de la afirmación de la SPVS referida a que si BISA - SAFI "... considera que la emisión de un cheque destinado al rescate de cuotas podría hacerlo, cualquier funcionario con facultades legales...", debemos señalar que **no es BISA - SAFI quien considera** que la emisión de un cheque puede hacerla cualquier funcionario con facultades legales para hacerlo, **es la Ley la que determina** tal situación, justamente es por tal razón que existen los Poderes de Representación, para que

una persona actúe en representación de otra dentro del marco de las facultades que la primera le ha otorgado y sin limitación de ningún tipo.

c) Por otro lado, consideramos que el Manual de Organización y Funciones de BISA - SAFI, es claro al señalar (pag.111) **que los Oficiales de Inversiones tienen mayor jerarquía que los Asistentes de Inversión**, es por tal razón que no comprendemos la posición de la SPVS al extrañarse y observar que el Oficial de Inversiones (quien además se encuentra plenamente facultado para hacerlo de acuerdo a la explicación realizada en el inciso a) anterior)(sic) llenó el cheque No.-33393, función, que a criterio de la SPVS pertenecía únicamente al Asistente de Inversiones, funcionario de menor jerarquía **también** facultado para dicha función.

d) Es incomprensible que una institución regulatoria con amplio conocimiento de la operativa propia de una Sociedad Administradora de Fondos de Inversión considere que BISA – SAFI a raíz de que un funcionario **no solo legalmente habilitado gracias a un Poder de Representación** sino de **mayor jerarquía** de aquel cuyas funciones ha supuestamente “usurpado”, ha incurrido en incumplimiento de su propio Manual de Organización y Funciones.

Como puede observarse, el Cuarto Cargo formulado por la SPVS a través de la Notificación de Cargos y ratificado mediante RA289, no cuenta con sustento legal alguno y por tanto debe ser desestimado...”

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°398/2009 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Fiscalización mediante Resolución Administrativa ASFI N° 398/2009 de 18 de noviembre de 2009, resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 de 23 de abril de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con los siguientes fundamentos:

#### **“(..)CONSIDERANDO**

Que, respecto a los fundamentos expuestos por BISA SAFI SA en su Recurso de Revocatoria, se realiza el siguiente análisis:

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 15 de agosto de 2005, determinó: “...la Administración Pública **no está obligada a notificar los informes que se dicten en su interior** al no constituir los mismos actos administrativos propiamente”, así mismo respecto a la nulidad señala que: “...la **falta de notificación oportuna de un acto administrativo bajo ningún parámetro legal puede constituir motivo de nulidad del acto administrativo**, al no estar contemplado expresamente en el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo cual nos remite necesariamente a recordar el denominado principio de especificidad que implica que la nulidad, para operar como tal, debe estar prevista en la Ley” (Las negrillas y el subrayado son nuestros)

Por los precedentes administrativos señalados, se tiene que la falta de notificación del informe SPVS/IV/DI/208/2008, de ninguna forma acarrea la Nulidad del Procedimiento Administrativo, toda vez que, como se lo ha señalado, la Administración no tiene la obligación de notificar con los Informes, y en más la Ley no establece que la falta de notificación de los actos administrativos, como una causal de Nulidad, por lo que la misma no puede ser alegada.

Respecto a la anulabilidad prevista por la Ley N° 2341, se debe señalar que esta ópera en los actos administrativos con defecto de forma sólo cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Al respecto, se debe señalar que la Notificación de Cargos realizada mediante carta CITE: SPVS230.2009, de 20 de febrero de 2009, ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003, Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", ya que fue emitida por el Superintendente del área y determina cuales son los cargos imputados, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que el supervisado pueda asumir su defensa, cumpliendo de esta forma con el precepto legal referido a la Notificación de Cargos y otorgando al administrado el derecho a la defensa, por lo que en ningún momento se habría creado indefensión, en tal sentido, no corresponde aplicar la anulabilidad aludida en el Recurso de Revocatoria, puesto que los requisitos formales indispensables para el acto administrativo se han cumplido ampliamente; razonamiento compartido además por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2005 de 13 de enero de 2005.

#### **RESPECTO AL CARGO 1**

a) El artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier en forma expresa hace mención **"al Comprobante de rescate"**, la Form. P-003/03 presenta el título **"Comprobante de Compras /Rescate de Cuotas"**, por tanto el documento que hace mención el artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier, es la(sic)Form. P-003/03, debido al título impreso que lleva este documento. Y que la Form. P-008/03 **no contiene ni titula la palabra "Comprobante de Compras"**, tampoco reúne algunos de los incisos d), e), g) y h) del artículo 66 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N°421 de fecha 13 de agosto de 2004, vigente a la fecha de la inspección, por tanto la Form. P-008/03, no podría ser catalogado como **" Comprobante de Compras /Rescate de Cuotas"**.

b) Si bien es evidente que la Form. P-003/03, no contiene un espacio que identifique la firma del participante, por lo que se inicio un proceso sancionatorio contra BISA SAFI SA, por incumplimiento a su normativa interna debido a que el artículo 38 inciso b) del Reglamento Interno del Fondo Premier, en forma expresa hace mención a un documento **"al Comprobante de rescate "**, el cual tiene que llevar el nombre y firma del participante.

c) La Form. P-008/03 "Rescate Dólares Americanos", podría catalogarse como una solicitud u orden de rescate debido a que reúne los requisitos establecidos en el artículo 36 del Reglamento Interno del Fondo Premier, es decir, fecha de solicitud, identificación completa del o los participantes, identificación de la cuenta a ser debitada, monto solicitado y "beneficiario". En este caso, se evidencia que en la Form. P-008/03 del 18/4/008, se habría solicitado la emisión de un cheque a nombre de "Cesar Candia Muñoz", el mismo que debió ser entregado al mismo beneficiario.

Se reitera que el artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier, en forma expresa, hace mención a un documento "**al Comprobante de rescate**", la Form. P-003/03 presenta el título "**Comprobante de Compras /Rescate de Cuotas**".

d) Con relación a la firma del representante legal del participante en la Form. P-008/03 "Rescate Dólares Americanos" del 18 de abril de 2008, correspondería al ámbito jurisdiccional, a través de autoridad competente, pronunciarse si la firma es o no coincidente con la firma de la cédula de identidad del representante legal del participante ó registro de firmas autorizadas.

e) El hecho que las formas Form. P-008-03 y Form. P-003-03 formen parte del Manual de Procedimientos Versión 2005 de BISA SAFI SA, o de que el Reglamento Interno del Fondo de Inversión Premier fuera aprobado y de conocimiento de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valares y Seguros, no implica un aval de cumplimiento por parte de BISA SAFI SA, sobre lo establecido en dichos documentos.

La Inspección realizada a BISA SAFI. SA, sobre el caso en cuestión se basó en la evidencia obtenida y en la verdad material, siendo que la Form. P-003/03 presenta el título "**Comprobante de Compras /Rescate de Cuotas**", por tanto, el documento que hace mención el artículo 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier, es la Form. P-003/03, debido al título impreso que lleva este documento. La Form. P-008/03 no contiene ni titula la palabra "**Comprobante de Compras**".

## **RESPECTO AL CARGO 2**

a) En el informe SPVS-IV/DI- No. 208/2008, no se cuestiono la forma de representación del participante C-Trans SRL el informe SPVS-IV/DI- No. 097/2009, estableció que al existir en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades dos tipos de participantes, la sociedad no habría implementado procedimientos diferenciados para rescates de cuotas para participantes naturales y jurídicos, que operativamente son distintos, la inspección realizada se basó en la verdad material, es decir, el procedimiento DOP/RDC/003-1 para ambos participantes.

Tampoco, se estableció como incumplimiento a todo el procedimiento DOP/RDC/003-1, sino a una parte del mismo, al punto dos. Es necesario aclarar que no se cuestionó a la entidad la forma de ejecución de la instrucción del representante legal de C-TRANS, más aun que la legalidad de la firma del representante en la Form. P-008/03 "Rescate Dólares Americanos" del 18 de abril de 2008, correspondería a otra materia de jurisdicción a través de la autoridad competente, pronunciándose, en caso de que corresponda, si la firma es o



nocoincidente con la firma de la cédula de identidad del representante legal del participante ó registro de firmas autorizadas.

b) Se reitera el fundamento señalado precedentemente, toda vez el argumento presentado por el recurrente es similar en ambos casos.

La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, solo emitió pronunciamiento al incumplimiento de control interno general que implementó la misma entidad, control establecido en el procedimiento DOP/RDC/003-1 punto 02.

c) En ningún momento los informes SPVS-IV/DI- No. 208/2008 y SPVS-IV/DI- No. 097/2009 incluyeron un nuevo cargo al ya notificado, si no el informe SPVS-IV/DI- No. 097/2009, expuso argumentos a los descargos presentados por BISA SAFI SA, en relación al término genérico "**participante**" y justificó que el incumplimiento al procedimiento DOP/RDC/003-1 punto 02 revelado en el informe SPVS-IV/DI- No. 208/2008, se debió a que la entidad no habría implementado procedimientos diferenciados para rescates de cuotas para participantes naturales y jurídicos, que operativamente son distintos, por lo que en aplicación del principio de verdad al procedimiento DOP/RDC/003-1 punto 02, se establece que el participante debe presentar la carta de preaviso o boleta de rescate a los representantes autorizados de la sociedad.

### **RESPECTO AL CARGO 3**

a) Es evidente que la sociedad no expresó que el hecho de que la Jefa de Operaciones estampe su firma en un cheque, de inicio al procedimiento de "Rescate de cuotas en cheque", dicha afirmación se obtuvo de la verdad de los hechos, de la evidencia obtenida en la inspección donde se pudo verificar en la cinta de video presentado por la entidad, que el cheque No. 33393 habría sido emitido el mismo día de la orden de rescate y firmado por una funcionaria de BISA SAFI SA de la ciudad de La Paz, aspecto además mencionado en la entrevista informativa realizada por el Fiscal Asistente del Ministerio Público Henry Franco Camacho, el 20 de junio del 2008, a la Sra. Verónica Terceros, por tanto es evidente que el cheque No. 33393, habría sido firmado por una de las firmas autorizadas de manera previa al inicio del proceso de rescate de cuotas en cheque, vale decir antes de la presentación de la carta de preaviso u orden de rescate Forma P-008/03 "Rescate Dólares Americanos", del 18 de abril de 2008.

b) Se reitera que es evidente que la sociedad no expresó que el hecho de que la Jefa de Operaciones estampe su firma en un cheque, de inicio al procedimiento de "Rescate de cuotas en cheque", dicha afirmación se obtuvo de la verdad de los hechos, de la evidencia obtenida en la inspección realiza(sic) a BISA SAFI SA.

c) No es justificable que una actividad que pudiera ser ineficiente o no utilizada en la práctica, sea subsanada con una actividad que no esté descrita dentro de los procesos establecidos en un manual de procedimientos, los cheques pre-firmados es una actividad que no está descrita en el procedimiento DOP/RDC/003-1. Los cheques pre-firmados no sólo constituyen un riesgo operativo latente si no una práctica de control interno deficiente.

d) En ningún momento la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros cuestionó la legalidad de los cheques pre-firmados, si no que al existir un procedimiento establecido como el DOP/RDC/003-1, que es un conjunto de actividades secuenciales, descrita en forma ordenada y de cumplimiento obligatorio tal como lo establece el inciso b) del artículo 43 de la Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004, no es justificable que BISA SAFI SA, desconozca otras actividades que si están descritas e incluso aprobadas internamente por su mismo directorio, solo por el hecho de ser actividades ineficientes o imprácticas.

Si BISA SAFI SA considera que la actividad de los cheques pre-firmados, es una actividad rutinaria y practica, debió haber normado dicha actividad internamente en su Manual de Procedimientos y Control Interno y adecuarlo a sus necesidades, experiencia, usos y prácticas.

e) Se reitera el fundamento señalado precedentemente, toda vez el argumento presentado por el recurrente es similar en ambos casos.

#### **RESPECTO AL CARGO 4**

a) En ningún momento la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros cuestionó las funciones del cargo del Oficial de Inversiones, ni las facultades legales que tuviera la persona que ejerce dicho cargo, el informe SPVS-IV/DI- No. 208/2008, cuestionó, en base a la verdad material, que el único responsable de emitir un cheque es el "**Asistente de Inversiones**", conforme lo establece el mismo procedimiento descrito en DOP/RDC/003-1 "**Rescate de Cuotas en Cheques**" en el punto 10.

La evidencia obtenida en la etapa de inspección in situ, se la pudo obtener del video del 18 de abril de 2008, en la oficina central Cochabamba de BISA SAFI SA, de la cual se desprende que el cheque No.33393, fue llenado por el Oficial de Inversiones de la Regional Cochabamba de BISA SAFI S.A., Sra. Verónica Terceros, y corroborado en la entrevista informativa realizada por el Fiscal Asistente del Ministerio Público, Henry Franco Camacho el 20 de junio del 2008, a la Sra. Verónica Terceros. Par tanto, si para BISA SAFI SA el llenar o emitir un cheque no es una actividad exclusiva del "**Asistente de Inversiones**", debió modificar su Manual de Procedimientos y Control Interno y adecuarlo a sus necesidades, experiencia, usos y prácticas, incluyendo al "Oficial de Inversiones" como unidad excluyente al "Asistente de Inversiones", ambos responsables de la actividad 10 del procedimiento DOP/RDC/003-1.

b) Se reitera el fundamento señalado en el inciso a) del análisis del cargo analizado (CARGO 4)

c) En ningún momento la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros cuestionó la jerarquía del cargo del Oficial de Inversiones, respecto al Asistente de Inversiones, el informe SPVS-IV/DI- No. 208/2008, cuestionó, en base a la verdad material, que el único responsable de emitir un cheque es el "Asistente de Inversiones", conforme lo establece el mismo procedimiento descrito en DOP/RDC/003-1 "Rescate de Cuotas en Cheques" en el punto 10.

d) Esta Autoridad de Supervisión y en su momento la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, dentro su labor de fiscalización y supervisión,

evaluó el incumplimiento de una conducta en base a lo estrictamente plasmado en la normativa vigente y en la propia normativa interna de la sociedad, si la normativa interna en este caso el procedimiento DOP/RDC/003-1, establece como única persona responsable de emitir los cheques para rescate de cuotas al "**Asistente de Inversiones**" y en la experiencia, usos y prácticas de la sociedad el responsable de emitir los cheques para rescate de cuotas es el "**Oficial de Inversiones**", es pues responsabilidad de BISA SAFI SA el de actualizar su propia normativa interna para que sea compatible lo estrictamente establecido en una norma con lo realmente ejecutado o realizado.

#### **CONSIDERANDO**

Que, los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria no desvirtúan los cargos impuestos mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 289/2009 de 23 de abril de 2009, referidos al incumplimiento del inciso b) del artículo 43 de la Resolución Administrativa N° 241 del 13 de agosto de 2004.

Que, los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria y desvirtuados en la presente Resolución, están enfocados a justificar las infracciones cometidas por el recurrente.

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal DAJ/R-57819/2009 de 17 de noviembre de 2009, ha manifestado que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, así como la documentación de prueba presentada, no enervaron, menos desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa SPVS/IV N° 289/2009 de 23 de abril de 2009.

Que, la Dirección de Supervisión de Valores mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-51918/2009 de fecha 29 de octubre de 2009, ha emitido criterios técnicos respecto a los fundamentos presentados por el recurrente, los mismos que fueron considerados en la presente resolución..."

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 09 de diciembre de 2009, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 398/2009 de 18 de noviembre de 2009, expresando lo siguiente:

##### **"(...) IV. RECURSO JERÁRQUICO**

A continuación pasamos a plantear los argumentos en los que respaldamos el presente Recurso Jerárquico, los cuales serán expuestos en relación a cada uno de los fundamentos planteados por la ASFI en la R-ASFI398 y en el mismo orden.

##### **4.1 Nulidad del Proceso y anulabilidad de la Notificación de Cargos.**

Antes de referirnos a los cargos formulados por la SPVS, ratificados mediante la RA289 y por la ASFI a través de la R-ASFI398, ponemos a consideración del Ministro de Economía y Finanzas Públicas las siguientes argumentaciones

respecto del anuncio de nulidad del presente proceso, así como de la anulabilidad de la Notificación de Cargos

#### **4.1.1 Nulidad del Proceso.**

Acerca del anuncio de nulidad del proceso iniciado por la SPVS y ratificado por la ASFI a través de una escueta argumentación plateada en la R-ASFI398 y citada en el punto 3.5.1.1 del presente memorial, deseamos poner a consideración del Ministro de Economía y Finanzas Públicas lo siguiente:

La Sentencia Constitucional 0021/2007 de 10 de mayo de 2007, emitida por el Tribunal Constitucional, en el últimopárrafo del punto III 4 (Fundamentos Jurídicos del Fallo) señala:

"...en un acto administrativo emergente de un procedimiento administrativo (...) las autoridades y servidores públicos deben cumplir con el deber de respeto a los derechos fundamentales de las personas, y que en caso de ser lesionados esos derechos, se abre la tutela que brinda el recurso de amparo constitucional con relación al acto administrativo, es decir en cuanto garantiza el respeto alas formalidades del procedimiento administrativo que se deben cumplir para la constitución de dicho acto administrativo, porque esas formalidades no podrán ser reclamadas en ninguna instancia posterior ...".

En este sentido, el inciso c) del Artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 expresa que uno de los principios por el cualla actividad administrativa debe regirse, es el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, la señalada disposición lee:

"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;"

Justamente, haciendo referencia al debido proceso, el Tribunal Constitucional, en el cuarto párrafo del punto III.1 (Fundamentos Jurídicos del Fallo) de su Sentencia Constitucional No.0410/2007-R de 16 de mayo de 2007, elaboró el siguiente razonamiento:

"Como es principio general, la participación del inculpado en las diligencias preliminares se constituye en una de las garantías procesales, que deben ser respetadas por el investigador, pues a través de ella se le permite ejercer en forma oportuna su derecho de defensa, tal comolo reconoció este Tribunal, diligencias preliminares que pueden ser equiparadas al acto administrativo de auditoría en el que se inicia el proceso de control e investigación fiscal; en cuyo mérito, resulta necesario precisar que el derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación a la existencia de una investigación penal a administrativa en curso -previa a formal-, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa, así como del derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se le condene en virtud de una sentencia firme, derechos que se ven vulnerados si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación a la

persona involucrada en los hechos, de modo que esta pueda ejercer su derecho de defensa, conociendo y presentando las pruebas respectivas." En la misma línea se expresó la Sala Civil Cuarta de la Corte Superior de Distrito de La Paz, constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales, la cual a través de su Resolución N° 57/2008 de fecha 14 de noviembre de 2008, la cual expresó lo siguiente:

"Uno de los mayores contenidos de un debido proceso son los actos de comunicación de todas las actuaciones que se van realizando al interior de los diferentes procedimientos ya sean administrativos a jurisdiccionales. En un Estado de Derecho no es posible establecer responsabilidad (...) sin explicar debida y adecuadamente y es mas se debe poner en conocimiento de todos los elementos que conducen a establecer un dictamen (...) a las personas que esta sujetas a investigación. Este hecho en criterio de este Tribunal de Garantías Constitucionales es una vulneración a un Estado de Derecho y ocasiona directamente indefensión en la parte, porque con el sólo conocimiento del dictamen (...), lo que en procedimiento civil se llama, ocasiona oscuridad e imprecisión en la acusación, porque con la lectura del dictamen ni la recurrente (...) ni otra persona puede darse cuenta de que exactamente lo están acusando porque simplemente se refieren a un resultado final, se les indica que deben una suma de dinero y tiene que pagar, pero, no se sabe porque deben esa suma de dinero. Estos hechos atentan contra el debido proceso lo cual puede permanecer así" (El subrayado es nuestro).

En los hechos, el informe SPVS/IV/DI/208/2008, documento en el que se basan tanto la Notificación de Cargos como la RA289, nunca pudo ser refutado por BISA-SAFI porque el mismo nunca fue puesto en conocimiento nuestro, poniéndonos de esta forma en estado de indefensión, razón por la que vemos seriamente lesionado nuestro Derecho a la Defensa consagrado por el Artículo 155 Parágrafo II de la Constitución Política del Estado, razón por la cual, una vez mas y mediante el presente memorial, dejamos expresa constancia para los fines consiguientes que en derecho nos asisten, de la vulneración a los derechos constitucionales de BISA-SAFI por parte de la SPVS y de la ASFI.

#### **4.1.2 Anulabilidad de la Notificación.**

Acercas del anuncio de anulabilidad de la Notificación de Cargos, que fue desechado por la ASFI a través de la R-ASFI398, en base a los argumentos citados en el punto 3.5.1.2 del presente memorial, deseamos poner a consideración del Ministro de Economía y Finanzas Públicas lo siguiente:

En criterio de la ASFI, la anulabilidad prevista por la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 solamente opera en los actos administrativos con defecto de forma únicamente cuando los actos carecen de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados.

Este argumento utilizado por la ASFI, es simplemente una copia del parágrafo II del Artículo 36° de la Ley de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, la

entidad supervisora no tomó en cuenta que lo dispuesto por el parágrafo III del mismo artículo, que señala como otra de las causales de anulabilidad de los actos administrativos, la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas. Tal es el caso de la Notificación de Cargos realizada fuera de plazo, es decir en clara falta a lo dispuesto por el parágrafo III del Artículo 33° de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que la notificación de un acto, en este caso la Notificación de Cargos (Nota Cite: SPVS 230.2009) de fecha 20 de febrero de 2009, debe ser realizada en el plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha en la que el acto haya sido dictado. Esto quiere decir que la Notificación de Cargos debió haber sido notificada a BISA-SAFI hasta el 3 de marzo de 2009 como plazo máximo, siendo que en realidad fue notificada en fecha el 23 de marzo de 2009, es decir 20 días fuera del plazo máximo de notificación.

Por las razones expuestas y a tiempo de ratificar lo manifestado respecto de este tema en nuestro Recurso de Revocatoria, una vez más y mediante el presente memorial, dejamos expresa constancia para los fines consiguientes que en derecho nos asisten de la anulabilidad de la Notificación de Cargos, denunciando además la vulneración por parte de la ASFI de los principios de Sometimiento Pleno a la Ley y de Imparcialidad normados por el Artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

#### **4.2 Respetto del primer cargo.**

Los argumentos utilizados por la ASFI para sustentar su negativa a revocar el primer cargo formulado por la SPVS, mismos que fueron citados en el punto 3.5.2 del presente memorial, tienen de parte de BISA-SAFI la siguiente sustentación que los desvirtúa:

Como podrá observarse de la copia debidamente legalizada de la página 27 del Manual de Procedimientos y Control Interno versión 2005 de BISA-SAFI que adjuntamos al presente memorial, en la cual aparece el formulario FORM-P-003/03 utilizado por BISA-SAFI en la operativa de rescate de cuotas, **NO** es cierto que dicho formulario presente el título "Comprobante de Compras/Rescate de Cuotas" como errónea y maliciosamente señala la ASFI en la R-ASFI398. Este formulario en realidad consigna el título "Comprobante de Compra/Venta de Cuotas". No nos explicamos cual es la intención de la ASFI de imaginar algo y convertirlo en una verdad, extremo que nos preocupa porque el regulador no estaría cumpliendo con el principio fundamental de desempeñar la función pública para servir a los intereses de la colectividad, mas parece que actúa como parte interesada, argumentando aspectos completamente temerarios sin el respaldo adecuado, cual es el inventarse que el FORM-P-003/03 lleve como título "Comprobante de Compras/Rescate de Cuotas", pudiendo evidenciar este extremo de la copia legalizada de este documento que se adjunta en calidad de prueba.

Por otro lado, BISA-SAFI se ratifica al señalar que el Artículo 38 del Reglamento Interno del FIA Premier que hace mención expresa al "... comprobante de rescate de cuotas proporcionado por la sociedad..." "se refiere al formulario

FORM. P-008/03 y no al formulario FORM-P-003/03 como malintencionadamente desea imponer la ASFI en la R-ASFI398 por las siguientes razones:

- a) El FORM-P-003/03 **NO** es proporcionado por BISA-SAFI a los Participantes del FIA Premier, porque es un documento interno, el FORM. P-008/03 **SÍ** es proporcionado a los Participantes del FIA Premier para que efectúen la operación de rescate. No nos explicamos por que la ASFI de manera deliberada omite darle el tratamiento adecuado a estos dos formularios y forzadamente intenta aplicar como boleta de rescate al documento interno del FIA Premier: FORM-P-003/03 y no al FORM. P-008/03 que es el documento puesto a disposición de los participantes de dicho fondo y que es un documento público.
- b) El FORM. P-008/03 contiene todos los espacios necesarios para los datos señalados por el Artículo 38 del FIA Premier.

Teniendo en cuenta esta aclaración, consideramos necesario resaltar que es obvio que, tal como señala la ASFI, el FORM. P-008/03 no reúne requisitos de los incisos d) e) g) y h) del Artículo 66 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, ya que dicho artículo hace referencia al FORM-P-003/03 que **SÍ** cumple con todos los incisos señalados de dicho artículo, tal como puede comprobarse de la lectura del Artículo 66 de la normativa señalada y su comparación con el FORM-P-003/03 adjunto al presente memorial en copia debidamente legalizada.

Como podrá observarse, ha quedado desvirtuado el argumento utilizado por la ASFI en la R-ASFI398, por lo tanto nos ratificamos en lo expuesto en el Recurso de Revocatoria interpuesto por BISA-SAFI contra la RA289, respecto del primer cargo formulado por la SPVS.

#### **4.3 Respecto del segundo cargo.**

Los argumentos utilizados por la ASFI para sustentar su negativa a revocar el segundo cargo formulado por la SPVS, mismos que fueron citados en el punto 3.5.3 del presente memorial, tienen de parte de BISA-SAFI la siguiente sustentación que los desvirtúa:

Tal como lo señala la propia ASFI en su argumento, los documentos que un participante debe presentar para realizar un rescate de cuotas son, de acuerdo a procedimiento interno DOP/RDC/003-1, una carta de preaviso **Ó** la boleta de rescate (documentos alternativos y optativos a criterio del participante).

Por otro lado, negamos lo señalado por la ASFI en su argumento respecto de que tales documentos deban ser presentados a los representantes autorizados de la sociedad. Es preciso enfatizar que dichos documentos deben ser presentados a BISA-SAFI por el participante y no a los representantes autorizados de la sociedad participante como expresamente manifiesta la ASFI en la resolución que recurrimos.

Tal como se desprende de la documentación que forma parte del expediente del presente proceso, en la operación de fecha 18 de abril de 2008, no se vulneró de ninguna manera el punto 02 del procedimiento interno

DOP/RDC/003-1, ya que en dicha operación fue presentada la correspondiente boleta de rescate como una de las alternativas válidas establecidas en el Reglamento Interno del FIA Premier para operaciones de rescate de cuotas; esta operación se encuentra descrita en el procedimiento DOP/RDC/003-1, punto 02. Para fines probatorios, adjuntamos al presente una copia (sic) debidamente legalizada de la página 9 del Manual de Procedimientos y Control Interno versión 2005 de BISA-SAFI, aplicable al presente caso, en la cual consta el punto 02 del DOP/RDC/003-1.

Como podrá observarse, ha quedado desvirtuado el argumento utilizado por la ASFI en la R-ASFI398, por lo tanto nos ratificamos en lo expuesto en el Recurso de Revocatoria interpuesto por BISA-SAFI contra la RA289, respecto del segundo cargo formulado por la SPVS.

#### **4.4 Respetto del tercer cargo.**

Los argumentos utilizados por la ASFI para sustentar su negativa a revocar el tercer cargo formulado por la SPVS, mismos que fueron citados en el punto 3.5.4 del presente memorial, tienen de parte de BISA-SAFI la siguiente sustentación que los desvirtúa:

BISA-SAFI considera que el cheque correspondiente a la operación de rescate de cuotas realizada en fecha 18 de abril de 2008 por el participante C-TRANS, antes de ser entregado al beneficiario de la operación, únicamente consignaba una de las firmas autorizadas por la sociedad para su validez, como es el caso de la firma de la Jefa de Operaciones de BISA-SAFI que se encontraba en la ciudad de La Paz, pero dicho documento no había sido emitido con anterioridad a la operación de rescate por lo que el cargo formulado por la entidad reguladora, no tuvo la fuerza para imponer la sanción. La emisión del mencionado cheque con el llenado de los datos necesarios como ser el lugar, fecha de expedición, orden incondicional de pago a la vista, monto, nombre del beneficiario y suscripción por parte de la segunda firma autorizada para que adquiriera plena validez de cobro, fue realizado a momento de la operación de rescate, como bien lo señala la ASFI en la R-ASFI398 al expresar en la resolución recurrida como "verdad material" que verificó este extremo por la observación del video de seguridad obtenido como efecto de la inspección realizada en oficinas de BISA-SAFI de la ciudad de Cochabamba; resultando completamente contradictorio que la ASFI caprichosamente pretende mantener como argumento válido, una interpretación subjetiva que es desvirtuada de nuestra parte con un hecho objetivo plenamente probado.

Por otro lado, negamos que los cheques pre-firmados incumplan el procedimiento DOP/RDC/003-1, ya que el mismo en sus puntos 14 y 15 señalan que el Asistente de Inversiones de BISA-SAFI debe llevar el cheque correspondiente al rescate de cuotas, para la firma de la persona que cuenta con firma autorizada y esta debe firmarlo. Estos pasos fueron cumplidos a cabalidad por BISA-SAFI, ya que el Asistente de Inversiones al realizar operaciones de rescate siempre lleva el cheque ante la persona que tiene la



segunda firma autorizada para darle validez (ya que los cheques con una sola firma no tienen validez) y esta persona lo firma.

Es de especial interés para BISA-SAFI denunciar la parcialización de la ASFI, puesto que al fundamentar la R-ASFI398 sustenta su argumentación en las declaraciones que la Oficial de Inversiones de BISA-SAFI en Cochabamba, brindo ante un fiscal de esa ciudad dentro de una denuncia instaurada a instancias de la empresa C-TRANS S.R.L. contra Cesar Candia Muñoz, por la comisión de los delitos hurto, estafa y uso de instrumento falsificado, aclarando que Cesar Candia Muñoz es el beneficiario de la operación de rescate de cuotas de fecha 18 de abril de 2008. Sin embargo, la ASFI de manera intencionada no menciona que esa denuncia ha sido expresamente rechazada por el fiscal a cargo y dispuesto el archivo de obrados por el juez competente, en razón a que no se llegó a demostrar la comisión de los delitos denunciados por falta de pruebas, conforme se demuestra de la copia adjunta de la resolución de rechazo de la denuncia como del decreto del juez.

La ASFI con esta actitud, reiteramos, ha vulnerado los principios Fundamental (sic) y de Imparcialidad establecidos en el Artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque ha utilizado parcialmente y a su conveniencia datos aislados de un proceso de investigación penal que no hace al control interno de la operativa del rescate de cuotas del FIA Premier, que tiene como esencia un proceso administrativo, olvidando en su consideración mencionar la totalidad de una información que de ninguna manera puede ser considerada como "verdad material" o "verdad de los hechos" dentro del presente proceso administrativo, el cual únicamente debe circunscribirse al cumplimiento del Reglamento Interno del FIA Premier y del Manual de Procedimientos Internos de BISA-SAFI y no confundir con procesos de otra jurisdicción que no han alcanzado a tener un fallo ejecutoriado en contra de la sociedad administradora ni de sus funcionarios, demostrando de esta manera la ASFI una total irresponsabilidad y temeridad, así como una falta de hidalguía en la emisión de la resolución que se impugna.

Como podrá observarse, ha quedado desvirtuado el argumento utilizado por la ASFI en la R-ASFI398, por lo tanto nos ratificamos en lo expuesto en el Recurso de Revocatoria interpuesto por BISA-SAFI contra la RA289, respecto del tercer cargo formulado por la SPVS.

#### **4.5 Respecto del cuarto cargo.**

Los argumentos utilizados por la ASFI para sustentar su negativa a revocar el cuarto cargo formulado por la SPVS, mismos que fueron citados en el punto 3.5.5 del presente memorial, tienen de parte de BISA-SAFI la siguiente sustentación que los desvirtúa:

Si bien es cierto que de acuerdo al procedimiento DOP/RDC/003-1, el Asistente de Inversiones es quien debe emitir el cheque del talonario correspondiente en un procedimiento de rescate de cuotas en cheque del FIA Premier, la ASFI no debe dejar de tener en cuenta que el Oficial de Inversiones de una sucursal de BISA-SAFI en el interior del país, de acuerdo al

*Manual de Organización y Funciones versión 2005 de BISA-SAFI, aplicable al presente proceso, tiene la función, entre otras, de:*

*"08. Atender toda solicitud de participantes, sean estas personales a enviadas con cartas para tal efecto previa verificación de la alas firmas correspondientes."*

*Adjuntamos al presente memorial en calidad de prueba, una copia debidamente legalizada de la página 126 del Manual de Organización y Funciones de BISA-SAFI versión 2005.*

*Esta previsión fue tomada por nuestra sociedad para habilitar al Oficial de Inversiones, quien dicho sea de paso tiene mayor jerarquía que el Asistente de Inversiones, para suplir a sus subordinados antecualquier impedimento que estos pudiesen tener a momento de presentarse una solicitud de cualquiera de los participantes de los fondos de inversión administrados por BISA-SAFI, pero que de manera deliberada no menciona ni analiza sus alcances.*

*No consideramos justa y adecuado multar a BISA-SAFI porque el Oficial de Inversiones emitió un cheque a solicitud de alguno de los participantes de los fondos administrados por nuestra sociedad. En todo caso la multa correspondería en caso de la negativa injustificada por parte de BISA-SAFI de atender una solicitud válida de alguno de los participantes de los fondos administrados por nuestra sociedad, lo que evidentemente no sucedió.*

*Lo ampliamente argumentado en el numeral 4.4 anterior, respecto de la mala utilización por parte de la ASFI de algunos documentos de la denuncia penal que fue rechazada por el fiscal a cargo, lo reproducimos en su integridad a los efectos de impugnar la R-ASFI398, respecto del cuarto cargo.*

*Como podrá observarse, ha quedado desvirtuado el argumento utilizado por la ASFI en la R-ASFI398, por lo tanto nos ratificamos en lo expuesto en el Recurso de Revocatoria interpuesto por BISA-SAFI contra la RA289, respecto del cuarto cargo formulado por la SPVS.*

## **V. PETITORIO**

*Por las razones y argumentos debidamente probados y expuestos precedentemente, respetuosamente solicitamos que en aplicación de lo previsto por el parágrafo I del Artículo 68° de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas dicte resolución revocatoria con alcance total respecto de la Resolución ASFI/No.398/2009 de 18 de noviembre de 2009, pronunciándose acerca del fondo de la misma, dejándola sin efecto y en consecuencia revocar la Resolución Administrativa SPVS/IV/No.289 de 23 de abril de 2009."*

## **5. ALEGATOS TERCERO INTERESADO.-**

Mediante memorial presentado en fecha 30 de marzo de 2010 ante esta instancia jerárquica, Fernando Adolfo Castillos Caballero, representante legal de C-TRANS S.R.L.,

en su condición de tercero interesado expone sus alegatos realizando una cronología de los hechos conforme se transcribe a continuación:

## **“II. DEL EXORDIO**

*Que conforme surgen de las constancias administrativas del rubro, C-TRANS SRL ha sido notificada de la Resolución de fecha 04/03/2010, en cuya parte pertinente textualmente se dispone:*

*"...Procedida con la notificación señalada, el tercer legítimo interesado podrá apersonarse y presentar sus alegatos en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos... conforme establece el parágrafo II del artículo 41 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..."*

*Que el Recurso Jerárquico incoado, toma su base en que BISA SAFI directa como indirectamente pretende deslindarse de todo tipo de responsabilidades habida cuenta las graves falencias e ilegalidades circunstanciadamente detalladas en la Resolución Administrativa ASFI N° 389/2009 de fecha 18/11/09 (emitida por la ASFI) y su precedente, Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 del 23/04/09 (emitida por la Ex-Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros) puesto que, la empresa a la cual represento —C-TRANS SRL—, fue indebida e ilegalmente desapoderada de \$US 62.380 en fecha 18 de Abril del 2008 mediante una supuesta operación de rescate.*

*Que consecuentemente, y a raíz de los hechos verdaderamente acontecidos que más adelante detallare pormenorizadamente, solicito que en estricto uso de la justicia, disponga mantener incólumes la Resolución Administrativa ASFI N° 389/2009 de fecha 18/11/09 y su precedente, Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 del 23/04/09. Motivos para ello abundan, puesto que la Resolución N° 289/2009 -además de haber sido el fruto de una mente jurídica sagaz e imparcial-, desnudan las arbitrariedades e ilegalidades continuas con las que se maneja BISA SAFI SA.*

## **III. DE LOS HECHOS**

*Que a fin de colaborar con su autoridad en la justa y equitativa resolución de los presentes actuados, debo ineludible como necesariamente elaborar la plataforma fáctica de lo acontecido como a continuación se detalla:*

- *23/09/04 1er Contrato de Participación bajo la modalidad PREMIER (Fondo de Inversión Abierta). Aporte hasta la suma UN MILLÓN DE DÓLARES ESTADOUNIDENSES (USD 1.000.000.-) (cláusula 3ra del contrato).*
- *En forma habitual se realizaban diversos rescates como depósitos por personas autorizadas en la ciudad de La Paz como en Santa Cruz, no así en la ciudad de Cochabamba.*

- *21/04/08 se revisaron las cuentas de Bisa Premier y se constató diferencia de saldos referido por BISA SAFI respecto al registro contable de CTRANS SRL.*

## **IV.- ORIGEN DEL CONFLICTO**

1. *En fecha 18/04/08 en dependencias de BISA-SAFI Cochabamba, exhibiendo Boleta de Rescate, se presentó el Sr. Cesar Candia Muñoz (supuesto Contador de C- TRANS SRL) con el objeto de retirar de la Cuenta Premier USD 62.380.*
2. *Verónica Terceros (Oficial de Inversiones de BISA-SAFI S.A. Cochabamba), en un lapso de tiempo de 10 minutos, desde las 9.08 am. hasta las 9.18 am. se limitó a:*
  - a. *Sacar las fotocopias de la Boleta de Rescate como de la Cédula de Identidad del supuesto contador de la empresa*
  - b. *Girar Cheque N° 0033393 por el monto de USD62.380*

- c. Entregar el cheque que ya llevaba la firma de un funcionario de BISA SAFI La Paz.
3. Acontecido este hecho se intercambiaron diversas misivas:
- a. CTR-SRZ-0055/08 (21/04/08), en la que se solicitó informe pormenorizado de los movimientos realizados y devolución del monto faltante de USD 62.380 retirados sin conocimiento, autorización, ni verificación del suscrito en su carácter de único y legal "participante" del Fondo de Inversión.
  - b. 21/04/08, e-mail remitido por Verónica Terceros (Oficial de Inversiones de BISA-SAFI S.A.) con extractos de las 2 cuentas de C-TRANS S.R.L
  - c. 22/04/08 fax SAFI-479/2008 en la que se mencionó textualmente que "...dando fiel y estricto cumplimiento a su instrucción escrita mediante boleta de rescate de fondos, previa verificación de su firma se realizó el pago a la orden del beneficiario indicado por usted, mediante cheque #33393 a la orden del señor Cesar Candía Muñoz... remitimos copias de la papeleta de rescate... FDO: Carlos Pozzo V. - SUB-GERENTE BISA-SAFI S.A., Paola Rodas Valencia- OFICIAL DE CUMPLIMIENTO BISA-SAFI S.A..."
  - d. 22/04/08 CTR-SRZ-0057/08 en la que se menciona textualmente "... En vista del grave incidente ocurrido... mucho agradeceré a ustedes tomar la (sic) precauciones necesarias en la preservación de los recursos que aun mantenemos a nombre de mi empresa C-TRANS tanto en la cuenta afectada como en la otra, espero que se tomen recaudos como el cambio del número de ambas, y la verificación directa con mi persona para cualquier retiro de dinero... hechos que puedan continuar perjudicándome..."
  - e. 23/04/08 a los 5 días de acontecida la sustracción ilegal, BISA-SAFI hizo suscribir nuevo contrato de participación advirtiendo que sus propias medidas de seguridad en cuanto al manejo de las cuentas premier se estaban escapando de sus manos.
  - f. 24/04/08 CTR-SRZ- 061/08 reiterando y nombrando a las únicas personas autorizadas para el retiro de cheques
  - g. 29/04/08 formal denuncia penal por todo lo acontecido, acompañando, en calidad de prueba, diversa documental e intercambio de misivas epistolares
  - h. 25/06/08, se requirió nuevamente a la Oficial de Inversiones Lic. Verónica Terceros, la restitución de USD 62.380 y se expuso que se había iniciado una investigación penal por los graves sucesos acontecidos
  - i. 08/07/08 carta SAFI/752/08 Carlos Pozzo Velasco (Gerente) y Paola Rodas Valencia (Oficial de Cumplimiento) manifestaron: "... realizamos la presente respuesta en señal de cortesía para con ustedes... solo es una interpretación sesgada que ustedes realizan... no existe forma ni medio por el que pueda aceptarse la sugerencia unilateral que ustedes realizan; por lo que... asumiremos las medidas legales que corresponden..." "...usted como representante legal de C-TRANS realizó este tipo de operaciones por más de 5 años enviando un beneficiario a retirar los fondos... como muestra 29 operaciones realizadas... que han sido diferentes personas naturales..." "...no merecería pronunciarse respecto al hecho de que la operación fue realizada en la ciudad de Cochabamba... por lo que para nosotros este no puede importar un hecho irregular como sugiere en forma unilateral..." "...No corresponde pronunciarse respecto al peculiar análisis que realiza respecto al sistema de sanciones administrativas, en razón de que existen los mecanismos, y el ente facultado para ello, que de ninguna manera pueden ser Uds. que no

tienen la representación de la Superintendencia de Pensiones, Valores, y Seguros..." "...pueden tener la seguridad que al realizar una actividad regulada conocemos los alcances, obligaciones y derechos que la ley nos otorga e impone, la que observamos en forma debida..." "...importa un exceso de su parte... empero les garantizamos que tenemos los mecanismos de seguridad respecto al manejo contable, uso de cheques, etc. ..."

- j. 28/07/08 nota CTR-SRZ-113/08 se formuló denuncia ante la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.
- k. 29/08/08 nota SPVS/IV/DI/N°650/2008, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, comunicó a BISA SAFI SA que se efectuaría a partir del 08/09/08 Inspección Técnica en relación a la denuncia formulada por C-TRANS SRL.
- l. 06/11/08 Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió Informe SPVS/IV/ DI/N°208/2008 referido a la inspección técnica realizada en dependencias de BISA SAFI SA a raíz de la denuncia presentada.
- m. 16/02/09 carta Cite CTR-SRZ-0030/09 mediante la cual se emplazo a BISA SAFI por 72 horas para que proceda a la devolución de USD 62.380
- n. 06/03/09 CITE SAFI-630-2009 BISA SAFI dispuso textualmente: "... de manera enfática rechazamos ya que de una manera por demás temeraria... de su propia voluntad y puño autorizó mediante boleta de rescate la cual lleva su firma, debidamente registrada, por lo que BISA SAFI SA no tiene responsabilidad alguna respecto al destino de dicho monto. Este extremo, será determinado en instancia que corresponda, por lo que le sugerimos dirija sus inquietudes en ese sentido..." "...en tanto no exista un proceso administrativo y/o judicial donde BISA SAFI SA sea parte... no atenderemos su reclamo..."
- o. 23.04.09 la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IV/DI/N°289/2008 mediante la cual se aplicaron sanciones administrativas debido al PROCESO ADMINISTRATIVO BISA-SAFI SA
- p. 14/05/09 se solicitó nuevamente al Sr. Carlos Pozzo Velasco (Gerente), Presidente del Directorio, Gerente General y miembros del directorio de BISA-SAFI S.A, la restitución del dinero ilegal e ilegítimamente sustraído, habida cuenta la contundente imposición de sanciones administrativas mediante la Resolución ADM N° 289 de fecha 23.04.09 emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.
- q. Se solicitó además de la restitución del capital sustraído, los intereses dejados de percibir desde la fecha de sustracción con mas el monto dinerario que reponga a sus efectos los gastos incurridos a la fecha (capital, intereses, costas) y la calificación de los daños y perjuicios ocasionados y por ocasionarse.
- r. 18/05/09 SAFI/1886/2009 BISA SAFI dispuso textualmente:"... ratificamos nuestra posición señalada mediante carta de fecha 9 de marzo de 2009 CITE SAFI/630/2009, referida a la operación de fecha 18.04.08... Fdo: Carles Pozzo V. -GERENTE BISA-SAFI S.A., Marco Venegas Calderón - JEFE DE CONTROL INTERNO BISA-SAFI S.A..."
- s. 29/05/09 habida cuenta lo acontecido y la férrea como inexcusable postura asumida por BISA-SAFI S.A., se solicitó el correspondiente arbitraje

## **V. DE LAS ACCIONES LLEVADAS A CABO**

Se llevaron a cabo las siguientes:

- a. Denuncia penal ante el Ministerio Público
- b. Denuncia administrativa ante SPVS

Del resultado de ello, se han explicitado todas las acciones integrantes del nexo de causalidad que coadyuvaron a provocar los daños patrimoniales como extramatrimoniales hacia C-TRANS SRL

### **5.1 DE LA DENUNCIA PENAL**

- a. 29/04/08 denuncia penal contra Cesar Candia Muñoz
- b. 20/06/08 Verónica Terceros (Oficial Ejecutiva de BISA SAFI) en su declaración informativa manifestó: "... En las cuentas bancarias se pueden realizar depósitos y retiros que uno desee, y el monto que uno guste, esto es a través de una carta o en su caso tiene que estar el titular presente...".
- c. El Fiscal asignado le preguntó si conocía el Reglamento Interno del Fondo de Inversión, la Sra. Terceros dijo textualmente "... si lo conozco, el procedimiento para hacer retiro de fondos es a través de una carta de Instrucción...".
- d. Preguntada por la Fiscalía si aplicó medidas de seguridad en la operación de retiro (USD 62.380) esta dijo textualmente "...NO, NO SE TOMARON OTRAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PORQUE NO EXISTEN...".
- e. La Boleta de Rescate de Dólares Americanos, fue burdamente llenada en su contenido y no fue observada por Verónica Terceros (Licenciada en Administración de Empresas a cargo de la Oficialía de Inversiones de BISA SAFI SA) (calificada por sus medios de publicidad como parte integrante de un "...grupo de ejecutivos con amplia experiencia, los cuales permiten mayores rendimientos con una minimización de riesgos...")
- f. De la copia fotostática de la Cédula de Identidad del supuesto Contador de la Empresa, y al hacer suscribir dicha copia, Verónica Terceros no tomó precaución alguna en contrastar las firmas de la Cédula de Identidad como la estampada en la copia fotostática. La firma es burda, ridícula, infantil y bajon ingún punto de vista podría ser considerada siquiera, como "falsificada".
- g. Verónica Terceros sólo tomó el cuidado de transcribir el teléfono del supuesto contador como si bastase ello como suficiente resguardo para girar un cheque por USD 62.380 en menos de 10 minutos.
- h. La Cajera del Banco BISA debió haber tenido en cuenta la evidente falta de autenticidad de la firma que estampó el estafador al momento de efectuar el endoso en el cheque que se le había girado.
- i. BISA SAFI SA no posee los debidos controles de seguridad que debería tener una entidad de esa característica, ya que fueron dos (2) las ocasiones que fue burlada abiertamente.
- j. En fecha 31/03/09 la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dictó su Resolución Administrativa SPVS-IV N° 225 sancionando a BISA SAFI SA (por incumplimientos a las normativas internas, deficiencias en sus comprobantes, falta de respaldo de las operaciones realizadas y serias anomalías en su labor de capacitar a sus funcionarios ya que se comprobó que estos últimos poseen deficiente conocimiento de la normativa aplicable).
- k. C-TRANS SRL no realizaba los movimientos en cuenta desde la ciudad de Cochabamba, siendo habituales desde la ciudad de La Paz y Santa Cruz.

- l. C-TRANS SRL NO OPERABA EN COCHABAMBA, es decir, QUE NO ERA UN CLIENTE REGULAR DE ESA SUCURSAL
- m. Verónica Terceros mencionó que supuestamente se limitó a verificar los datos obtenidos en la Boleta de Rescate, pero sin importar que también debió haber verificado las características personales y profesionales que decía ostentar Cesar Candía Muñoz.
- n. Verónica Terceros dijo saber que diariamente C-TRANS SRL realizaba depósitos y también menciona, respecto de los retiros que se realizaban: "...no me había percatado..."
- o. Verónica Terceros, refirió que solamente cuando se trataban de depósitos que se realizaban "...llamábamos a las personas encargadas de hacer el depósito, para que nos llenen la boleta de la UIF..."
- p. ¿No era menester que debió haberse llamado -CON MAYOR RAZÓN- a la empresa C TRANS SRL antes de girar un cheque de USD 62.380 ante la presencia de una persona que detentaba una boleta de rescate llenada de puño y letra de la forma primaria como lo fue y ello, en aras al cumplimiento de reglamentación interna?
- q. ¿Cómo puede ser posible que en el término de 10 minutos -desde las 9.08 a.m. que Verónica Terceros ocupa su escritorio hasta las 9.18 a.m. que dice concretar la transacción con el supuesto cliente, se hayan evaporado U\$ 62.380?
- r. 29/07/08 se tomó la declaración informativa al Sr. Cristian Cesar Candía Muñoz, quien fue habido en la ciudad de La Paz, que físicamente resultó ser diferente al que se presentó bajo esa identidad ante Verónica Terceros
- s. Informó que había sido víctima de un robo durante el mes de diciembre de 2007, donde le sustrajeron sus documentos personales.
- t. A fin de acreditar la autenticidad de la firma estampada en el reverso del cheque que sirvió para retirar el dinero, se tomaron las pericias no correspondiendo la autoría pulsátil del verdadero Cesar Candía Muñoz, sino a la que fue estampada por el falso Cesar Candía Muñoz.
- u. La denuncia penal interpuesta por nuestra parte fue rechazada considerándose que, efectivamente, el verdadero Cesar Candía Muñoz no era la persona que retiró el dinero ni la que aparece en las grabaciones.

## **5.2.- DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° SPVS-IV-N°289**

En primer término, la Señora Viceministra debe tener en cuenta el AUTO CONSTITUCIONAL 597/2006-CA emitido por el Tribunal Constitucional que dispone:

"...el art. 158 de la LBEF, establece lo siguiente: 'los actos dictados por los funcionarios del BCB, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y el Ministerio de Hacienda, así como por el Intendente Interventor y el Liquidador del FONVIS, en el ejercicio de sus funciones en aplicación de la ley, reglamentos y resoluciones, serán inmediatamente ejecutivos y gozaran de la presunción legal de validez...'"

El literal g) del artículo 4to de la Ley 2341 dispone, bajo el principio de legalidad y presunción de legitimidad, que "las actuaciones de la administración público por estar sometidas plenamente a la ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario".

Por ende, lo resuelto por la SPVS goza de plena legalidad, legitimidad y se presume que además de ser de Orden Público posee efectos "erga omnes"

La función de la SPVS en virtud de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 se resume a lo previsto por el art. 15 de la misma, esto es:

"...ARTICULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES. Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores:

1. Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos;
2. Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y Actividades relacionadas a dicho mercado;...
17. Supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción..."

En segundo término, no cabe duda alguna que el contenido Integro de la Resolución N° 289/2009 –además de haber sido el fruto de una mente jurídica sagaz e imparcial-, desnudan las arbitrariedades e ilegalidades continuas con las que se maneja BISA SAFI SA

#### **5.2.1.- ACCIONES Y OMISIONES DE BISA-SAFI SA**

Éstas determinan la responsabilidad de BISA SAFI como Administradora de Fondos de Inversión y por ende, ratificamos la imposición de las sanciones establecidas en su contra. Doy razones:

1. BISA-SAFI SA incumplió con el inc. b) del art. 43 de la Resolución Administrativa N° 421 pronunciada por la SPVS -(13/08/04): "...Respetar y cumplir en todo momento lo establecido por los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversiones que administra, las normas internas de la Sociedad Administradora y demás normas aplicables..."
2. El Reglamento Interno "Premier" Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo que forma parte del Contrato de Participación N° 9842967701 (clausula 2da) se refiere en su artículo 38 a los "Comprobantes de Rescate", los cuales deben poseer nombre y firma de participante.
3. La copia fotostática de la boleta de rescate, no posee nombre de este representante y lógicamente ninguna firma, puesto que dicha boleta NO reviste la calidad de "Comprobante de Rescate".
4. Entonces, como dice la SPVS, NO existe "Comprobante de Rescate" alguno que se haya hecho suscribir al Representante Legal de C-TRANS SRL
5. La "Boleta de Rescate" (Form. P-008/03) no se compadece (sic) en nada respecto al "Comprobante de Rescate" (Form. P-003/03), documento este último que si reúne las características establecidas por el art. 66 de la "Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras" (Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 421 de fecha 13/08/04 y art. 38 del Reglamento Interno del Fondo Premier)
6. El 20.06.08 Verónica Terceros, dijo textualmente. "... En las cuentas bancarias se pueden realizar depósitos y retiros que uno desee, y el monto que uno guste, esto es a través de una carta o en su caso tiene que estar el titular presente..."
7. Cuando la Fiscalía le pregunto Verónica Terceros si conocía el Reglamento Interno del Fondo de Inversión, la Sra. Terceros dijo textualmente "... si lo conozco, el procedimiento para hacer retiro de fondos es a través de una carta de Instrucción..."
8. Preguntada por la Fiscalía si aplicó medidas de seguridad en la operación de retiro (USD 62.380) esta dijo textualmente "...NO, NO SE TOMARON OTRAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PORQUE NO EXISTEN..."
9. Si BISA SAFI demandada pusiere en discusión lo referido "ut supra" (si pertenece al Rep.Legal la rúbrica estampada en la "Boleta de Rescate" Form. P-008/03, no es determinante para la resolución de la controversia aquí planteada



10. BISA SAFI SA al poseer la calidad de depositaria de los fondos dinerarios de C-TRANS SRL debió tomar sumo resguardo en la administración de los mismos cumpliendo para ello, con su Reglamento Interno Premier y su Manual Interno de Procedimiento versión 2005.
11. BISA SAFI SA incumplió el inciso b) del artículo 38 "Procedimientos para el Rescate de Cuotas" del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Premier habida cuenta que debe transcribirse el nombre del participante en el "Comprobante de Rescate" (Form. P-003/03)
12. Al recibir BISA SAFI SA la Orden de Rescate forma P-008/03 "Rescate de Dólares Americanos" del 18/04/08, de una persona que no era ni nunca fue participante alguno, ni menos aun una de las personas autorizadas o que frecuentemente realizaba depósitos o extracciones, o autorizada/facultada como representante legal de una persona jurídica (C-TRANS SRL), datos estos que figuraban en el sistema de la hoy demandada, incumplió el punto 02 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenido en su Manual de Procedimiento y Control Interno versión 2005, para el "Rescate de Cuotas en Cheque".
13. Dichos datos obraban en la base de datos del sistema de BISA SAFI SA, ya que el 08.07.08 se recibió como contestación por parte de la demandada, carta SAFI/752/08 , en la cual Carlos Pozzo Velasco (Gerente) y Paola Rodas Valencia (Oficial de Cumplimiento), manifestaron: "... usted como representante legal de C-TRANS realizó este tipo de operaciones por más de 5 años enviando un beneficiario a retirar los fondos... como muestra 29 operaciones realizadas... que han sido diferentes personas naturales..." Este listado de personas contaban con autorización por parte de C-TRANS SRL, y habitualmente realizaban depósitos y extracciones en La Paz como Santa Cruz, no así en la ciudad de Cochabamba.
14. El no haber verificado la calidad de participante o no del rescatista en su base de datos, es corroborada en los hechos ya que en el término de 10 minutos - desde las 9.08 a.m. que Verónica Terceros ocupa su escritorio hasta las 9.18 a.m. que dice concretar la transacción con el supuesto cliente-, no verificó nada, y menos aún, cumplió con el punto 02 del Procedimiento DOP/RDC/003-1 contenido en su Manual de Procedimiento y Control Interno versión 2005.
15. ¿No debió haberse verificado las facultades legales del supuesto Contador de la Empresa o es más, no debió habersele exigido la autorización o carta de instrucción respectiva?
16. De la Entrevista informativa de Verónica Terceros, se supo que una de las firmas impresas en el cheque le pertenecía, como asimismo, (la otra) a la Jefa de Operaciones que se encontraba en la ciudad de La Paz.
17. Verónica Terceros también menciona: "...los cheques... los responsables serian mi persona y mi asistente JULIO CESAR MARTINEZ, ya que ambas firmas están autorizadas..."
18. BISA SAFI SA en fecha 30.03.09 mediante nota CITE: SAFI/1013/2009 presentó descargos a la SPVS manifestando textualmente: "...los cheques emitidos por cuenta de los Fondos Administrados por nuestra Sociedad, deben contar imprescindiblemente con dos firmas autorizados, de no existir 2 firmas autorizadas, el cheque no podrá ser cobrado por carecer de un requisito esencial necesaria para cualquier transacción..." "...La firma de Carla Peña y Lillo antes del inicio del proceso de Rescate de Cuotas en Cheque se debe a que por motivos de falta de firmas autorizadas en la ciudad de Cochabamba..."

19. ¿A quién debemos creer? ¿A Verónica Terceros, que por un lado ante el Fiscal dijo una cosa, o al Representante Legal de BISA SAFI SA, que dice otra cosa en su descargo formulado ante la Superintendencia? ¿Qué motivos ocultos poseía Verónica Terceros para no poner en conocimiento de su asistente la transacción de U\$62380?
20. Mantener el cheque No 33393 firmado por Carla Peña y Lillo, Jefa de Operaciones de La Paz, antes del inicio del proceso de "Rescate de cuotas en cheque", BISA SAFI S.A. incumplió el punto 15 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenido en su Manual de Procedimientos y Control interno Versión 2005, hecho este que altera la actividad secuencial del "rescate de cuotas en cheque" descrito en el mismo.
21. Estas medidas de seguridad que no se adoptaron, lograron facilitar el retiro de la suma especificada. ¿Qué hubiese pasado si Verónica Terceros habría pedido que el referido cheque sea firmado por su asistente Sr. Martínez Morales? RESPUESTA: Martínez se hubiese percatado del llenado burdo de la Boleta de Rescate; de las firmas mal falsificadas; que la persona que se presentó como contador no era de las personas autorizadas y que habitualmente mi mandante realizaba operaciones en La Paz como en Santa Cruz, y que antes de firmar un cheque de USD 62.380 (como empleado co-autorizante) habría verificado, bajo el procedimiento de Control Cruzado, la base de datos existente en el sistema respecto al movimiento realizado en las cuentas PREMIER de C TRANS SRL
22. En la Entrevista Informativa, Verónica Terceros dijo textualmente "...mi persona... llenó el cheque..."
23. El procedimiento contemplado en el DOP/RDC/003-1 (Manual de Procedimiento y Control Interno 2005), establece que la única persona responsable de emitir los cheques para rescate de cuotas lo fue y aún es, el Sr. JULIO CESAR JOSÉ MARTINEZ MORALES en su carácter de "ASISTENTE DE INVERSIONES". Así está establecido, porque de esa manera se viabiliza un Control Cruzado indispensable en este tipo de operaciones.
24. El llenado del cheque No 33393 por Verónica Terceros, incumple el punto 10 del procedimiento DOP/RDC/003-1 (Manual de Procedimiento y Control Interno 2005).
25. ¿Por qué Verónica Terceros no requirió la participación de su Asistente a fin de viabilizar el Control Cruzado que quizá, hubiese permitido se detecte el ilícito que se estaba cometiendo?
26. BISA SAFI omitió dar fiel cumplimiento a su Procedimiento DOP/RDC/003-1 punto 02 contenido en el Manual de Procedimientos Interno versión 2005, para el "Rescate de cuotas en Cheque", resaltando a sus efectos, que la unidad responsable para ejecutar dicha actividad "...es el participante..." (Adolfo Castillo Caballero) quien debía presentar la carta de preaviso o boleta de rescate a los representantes autorizados de la Sociedad Administradora. Por tanto al recibir la orden de rescate de una persona que no revestía el carácter de "participante", BISA SAFI incumplió el punto 02 del referido Procedimiento DOP/RDC/003-1.
27. BISA SAFI omitió dar fiel cumplimiento al punto 04 del Procedimiento DOP/RDC/003-1 contenido en el Manual de Procedimientos Interno versión 2005, para el "Rescate de cuotas en Cheque" puesto que no posee "Papeleta de Retiro" suscripta por la unidad responsable denominado "el participante" (Adolfo Castillo Caballero)

28. BISA SAFI omitió dar fiel cumplimiento al punto 07 del Procedimiento DOP/RDC/003-1 contenido en el Manual de Procedimientos Interno versión 2005, para el "Rescate de cuotas en Cheque", puesto que no existe "Formulario vigente de la Unidad de Investigaciones Financieras" debidamente suscrito (sic) por la unidad responsable denominado "el participante" (Adolfo Castillo Caballero)
29. BISA SAFI omitió y aún omite dar cumplimiento con el "Instructivo Especifico para Entidades de Valores" UIF/024/00 de fecha 18/1200 y aprobada por el Decreto Supremo N° 24771 (Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras) puesto que de la simple lectura de dicho instructivo, textualmente se impone en lo que se refiere al FORMULARIO PCC-03 que: "...Artículo 8. Cualquiera sea la modalidad de operaciones de valores permitida por la Ley 1834 -Ley del Mercado de Valores de 31 de mayo de 1998, todo sujeto obligado [BISA SAFI] debe, mantener el archivo y registro cronológico de los formularios, los mismos que podrán ser requeridos por la Unidad de Investigaciones Financieras en cualquier momento. La aplicación del Formulario PCC-03 es obligatorio para todos los clientes ocasionales. Para clientes habituales, el sujeto obligado debe aplicar el Formulario PCC-03 como declaración jurada sobre el origen de los recursos en forma trimestral Asimismo el Formulario PCC-03 **debe ser aplicado para clientes ocasionales o habituales en todas las operaciones de: Depósitos en efectivo, Depósitos con cheques de entidades financieras extranjeras y Títulos al portador...**". (el subrayado y negrita me pertenecen)
30. El PROCEDIMIENTO DOP/RDC/003-1 contenido en el Manual de Procedimientos Interno versión 2005, para el "Rescate de Cuotas en Cheques", surge que los "FORMULARIO (sic) VIGENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIONES FINANCIERAS" deben ser suscritos por la Unidad Responsable (el participante) que no es otro que Adolfo Castillo Caballero (punto 7 del DOP/RDC/003-1) no solamente en cada una de las operaciones de retiro/depósito, sino más aun, en forma TRIMESTRAL
31. Que al momento de acompañar BISA SAFI el mencionado Manual de Procedimientos Interno, NO PUEDE HOY DESCONOCER que el punto 7 de dicho procedimiento se refiere a que se debe emitir "Formulario Vigente de la Unidad de Investigaciones Financieras", puesto que ese procedimiento es para el "Rescate de Cuotas en Cheques" y agregamos que así lo ordena el "Instructivo específico para Entidades de Valores"
32. Consecuentemente en virtud de la "Teoría de los Actos Propios" (venire contra factumpropium non valet) NO puede BISA SAFI alegar en su beneficio su propia torpeza, en el sentido que la emisión de los formularios PCC-03 son obligatorios para todo tipo de operación realizado por clientes ocasionales y habituales y asimismo, para operaciones de Depósitos en efectivo, Depósitos con cheques de entidades financieras extranjeras y Títulos al portador.

#### VI.- DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN

1. El contrato de participación suscrito el 2004 poseía como el N° 842967701, posteriormente cuando se hace suscribir un nuevo contrato -5 días después del ilícito- se le da el N° 9842967701
2. Al tratarse de un contrato por adhesión, conculca el derecho de consumidor de C-TRANS SRL, ya que bajo ningún punto de vista se refiere cláusula alguna al tratamiento que se realizara o adoptara para los casos de controversia.
3. Se menciona que el Reglamento Interno de Premier forma parte del contrato y que "...es conocido por el PARTICIPANTE, regula las actividades del Fondo de Inversión, su

Administración y las relaciones entre el PARTICIPANTE y BISA Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. emergentes de este contrato...". En dicha tesitura se reclamó en reiteradas oportunidades sin encontrar respuesta alguna por parte de BISA SAFI

4. Si el contrato hubiere sido interpretado y ejecutado de buena fe por parte de BISA-SAFI S.A., su Autoridad no se encontraría abocado al conocimiento de todo lo acontecido, lógicamente ya se hubiese restituido el dinero hurtado
5. El 20.06.08 Verónica Terceros (Ejecutiva de BISA SAFI) interrogada si conocía el Reglamento Interno del Fondo de Inversión, dijo textual mente "... si lo conozco...". ¿si BISA SAFI SA conocía el Reglamento Interno, por qué no se hizo lugar al reclamo formulado por C-TRANS SRL y se le restituyo los USD 62.380?
6. BISA SAFI SA ha quebrantado los principios de la confianza, seguridad y buena fe que prima en todo contrato de derechos y obligaciones reciprocas.
7. Rezzónico menciona que la confianza es un principio de gran contenido ético con desenvolvimiento en el campo interindividual, de especial significación en las relaciones jurídicas patrimoniales, que impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás, más aún en el desarrollo del contrato celebrado.
8. Si el contrato de participación se refería en su cláusula segunda a que el Reglamento Interno Premier formaba parte de dicho contrato, y al no haber sido el vehículo de solución de esta controversia, evidentemente se ha quebrantado la confianza que en su momento se puso como representante de C-TRANS SRL a tiempo de celebrar el contrato de participación, al haberse vulnerado la promesa de cumplimiento inmersa intrínsecamente en todo contrato.
9. La confianza quebrantada, debe transformarse en una regla interpretativa por parte del juzgador lo que llevara a determinar el rechazo del recurso jerárquico.
10. La conexión que existe entre la confianza y seguridad que han sido vulneradas, ya que quien quiebra la confianza (BISA SAFI SA) que suscito en otro (C-TRANS SRL), contraviene uno de los fundamentos de derecho que toda organización jurídica debe presentar: como manera general de comportamiento, cuya falta habría de obstruir y hacer inseguro el trafico jurídico interhumano.
11. El principio de confianza como el de seguridad que dominan todo el campo de los contratos, en realidad son principios de orden público.
12. En esta controversia no solamente se encuentran en juego los derechos subjetivos del agraviado, sino, peor aún, los intereses legítimos representados por toda una población consumidora de productos financieros.
13. Al suscribir el Contrato de Participación se dio nacimiento a un acto de previsión que normalmente se hace a los fines de obtener seguridad, neutralizando así posibles vicisitudes desfavorables que podrían afectar las posiciones contractuales
14. BISA SAFI SA a la fecha -desde una perspectiva opuesta y meramente discrecional- en pos de su seguridad (vulnerando a esta parte) pretende imponer sus condiciones fuera de toda negociación, inclusive excluyéndose de todo tipo de responsabilidad, simplemente por una cuestión de poder económico.
15. Con la vulneración de los principios de confianza y seguridad que deberían regir como principios de interpretación en todo tipo de contrato, BISA SAFI SA se encuentra aún actuando de mala fe.

#### **VII.- DE LA NULIDAD APETECIDA POR BISA SAFI VIA RECURSO JERÁRQUICO**

A esta altura de las circunstancias, y a la luz de los verdaderos hechos acontecidos, de los cuales BISA SAFI posee plena autoría omisiva como comisiva, es inconcebible que

como argumento de defensa pretenda demandar la nulidad del proceso como de la "Notificación de Cargos". Doy razones:

1. Ya mencione que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (AUTO CONSTITUCIONAL 597/2006-CA) dispone que "...los actos dictados por los funcionarios del BCB, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y el Ministerio de Hacienda, así como por el Intendente Interventor y el Liquidador del FONVIS, en el ejercicio de sus funciones en aplicación de la ley, reglamentos y resoluciones, serán inmediatamente ejecutivos y gozaran de la presunción legal de validez..."
2. Y evidentemente ello debe ser así ya que el literal g) del artículo 4to de la Ley 2341 dispone, bajo el principio de legalidad y presunción de legitimidad, que "las actuaciones de la administración público por estar sometidas plenamente a la ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario".
3. Por ende, lo resuelto por la SPVS goza de plena legalidad, legitimidad y se presume que además de ser de Orden Publico posee efectos "erga omnes"
4. No cabe duda alguna que el contenido íntegro de la Resolución N° 289/2009 -además de haber sido el fruto de una mente jurídica sagaz e imparcial-, desnudan las arbitrariedades e ilegalidades continuas con las que se maneja BISA SAFI SA
5. El literal g) del artículo 4to de la Ley 2341 dispone, bajo el principio de Principio de informalismo: "...La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte.
6. (sic) del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo..."
7. Consecuentemente, no existe argumento alguno para pretender nulidad alguna, si es justamente la Ley de Procedimiento Administrativo la que ostenta el "informalismo" como principio básico entre administración y administrados. Si hubo demora o no en comunicar a BISA SAFI lo resuelto por la Resolución Administrativa ASFI N° 389/2009 emitida por la ASFI que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 del 23/04/09, emitida por la Ex-Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros carece hoy de relevancia alguna.
8. Sumado a lo anteriormente dicho, no debe escapar al alto y elevado criterio de su Autoridad que si es que hubieron o no vicios formales en la tramitación administrativa de todo lo hasta aquí expuesto, han sido consentidos y "purgados" por la misma BISA SAFI.
9. En efecto, y de la lectura del párrafo 3.2.1 Solicitud de anulación de obrados del Memorial con suma "Interpone Recurso Jerárquico", es la misma administrada BISA SAFI la que textualmente expreso: "...Sin perjuicio de lo anterior (SOLICITUD DE ANULACIÓN)...BISA SAFI procedió a aclarar los supuestos incumplimientos a disposiciones legales..."
10. Por ello, la pregunta que debe formularse a momento de resolver el Recurso Jerárquico mal intentado por BISA SAFI es: ¿cuál es el perjuicio sufrido por parte de la entidad financiera? ¿existen argumentos jurídicos para sostener el pedido de nulidad del proceso como de la "Notificación de Cargos"? Evidentemente no.

#### **VIII." A MANERA DE SÍNTESIS.**

Con todo lo expuesto, no cabe duda alguna que BISA SAFI debe ser sancionada puesto que no argumenta a su favor los extremos de hecho como de derecho que sostengan positivamente su Recurso Jerárquico.

Señor Viceministro, no olvide que G-TRANS SRL fue y aún es víctima de la sustracción de U\$ 62380 en un lapso de tiempo de 10 minutos y que a la fecha, BISA SAFI busca denodadamente eximirse de todo tipo de responsabilidad no solamente hacia esta parte sino y peor aún, hacia la autoridad de supervisión y fiscalización del Estado

*Boliviano, interponiendo para ello excusas vanas, argumentos jurídicos insostenibles y recursos administrativos vacuos.*

**IX.- PETITORIO**

*Por todo lo expuesto, al Señor Viceministro solicitamos:*

*a) Tenga por efectuado el alegato;*

*b) Tenga presente todo lo manifestado;*

*c) En su mérito, disponga ratificar la Resolución Administrativa ASFI N° 389/2009 de fecha 18/11/09 emitida por la ASFI que en Recurso de Revocatoria confirmo totalmente la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 289 del 23/04/09 dictada por la ex SPVS y, en su caso, se incremente la multa pecuniaria en \$us.10.000.-..."*

**CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Que, el recurso Jerárquico presentado por el recurrente, expresa seis puntos que fundamentan su petitorio, circunscribiéndose estos a la nulidad del proceso sancionatorio, anulabilidad de notificación de la nota de cargos y a los cargos y sanciones impuestas, corresponde entonces realizar una valoración y compulsa de los antecedentes señalados:

**1. Sobre la Nulidad del Proceso.-**

El recurrente hace referencia e invoca la nulidad del proceso debido a que estos se vieron inmersos en un estado de indefensión atentándose contra el debido proceso, al no haberseles puesto en su conocimiento el informe SPVS/IV/DI/208/2008, documento base para la imputación de cargos y consiguiente prosecución del proceso sancionatorio.

En este contexto BISA SAFI S.A. pone a colación sentencias constitucionales y demás precedentes jurídicos como un carácter vinculante al presente caso.

Al respecto, la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional refiere a la obligatoriedad que despliega la **ratio decidendi** de una sentencia constitucional. Ello supone que la doctrina constitucional creada por una interpretación de la constitución **tiene que ser aplicada obligatoriamente por todos los órganos del poder público en las resoluciones de todos los casos que presenten supuestos facticos análogos.**

Para el caso que se analiza, corresponde aclarar que la **ratio decidendi** razón de la decisión corresponde la parte más importante, no sólo de una Sentencia Constitucional, sino de todo el pronunciamiento legal, ya sea una resolución judicial, administrativa o de cualquier órgano de poder que cuente con la facultad de emitir pronunciamientos legales que diriman o restablezcan los derechos subjetivos de las personas. Estos pronunciamientos deberán consignar los fundamentos jurídicos que guarden la unidad de sentido con la partes, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión aquella; ello significa que la *ratio decidendi* liga internamente a la parte resolutive constituyéndose en razón de ser de la decisión final.

Reiterando lo señalado precedentemente, la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales establecidas, tomando como regla los supuestos facticos análogos, ha sido sentado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional quienes mediante Auto Constitucional 0004/2005 ECA de 16 de febrero de 2005 en su parte pertinente señalan:

#### *“II FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN*

*II.1. Con carácter previo al análisis del fondo de la solicitud que antecede, resulta necesario efectuar algunas precisiones respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional prevista por el art. 44.I de la LTC. Al efecto, cabe señalar que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, significa que la doctrina constitucional creada, así como las sub-reglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las Sentencias Constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, **en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos. En consecuencia, la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio**, desde otra perspectiva, **cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio**. De otro lado, corresponde también aclarar que la jurisprudencia con efecto vinculante es la que contiene la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, es decir, aquellas partes que consignan los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella, es la parte en la que se consigna la doctrina y las sub reglas que se constituyen en precedente obligatorio; más el *obiterdictum*, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad, no tienen efecto vinculante, de manera que para exigir la aplicación obligatoria de un*

*precedente debe tenerse el cuidado de identificar que se trata de la ratio decidendi.*" (El subrayado y negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En consecuencia, el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional deben contener supuestos fácticos análogos al caso que se dirime siendo la ratio decidendi o razón de la decisión la que constituye el precedente obligatorio de la jurisprudencia sentada.

Ahora bien de acuerdo al explícito análisis realizado corresponde verificar las Sentencias Constitucionales invocadas por el recurrente, a las que pretende darle la vinculatoriedad con el caso presente.

De acuerdo a ello se transcribirá de manera completa el último párrafo del punto III.4. de la Sentencia Constitucional 0021/2007 de 10 de mayo de 2007, extraída por BISA SAFI S.A y se resaltará lo transcrito por dicha entidad en el recurso presentado:

*"De la jurisprudencia glosada precedentemente, se establece, conforme concluyó la SC 1591/2005-R de 9 de diciembre, "que una auditoría gubernamental efectuada por la Contraloría General de la República **es un acto administrativo emergente de un procedimiento administrativo**, en el cual **las autoridades y servidores públicos deben cumplir con el deber de respeto a los derechos fundamentales de las personas, y que en caso de ser lesionados esos derechos, se abre la tutela que brinda el recurso de amparo constitucional con relación al acto administrativo, es decir en cuanto a garantizar el respeto a las formalidades del procedimiento administrativo que se deben cumplir para la constitución de dicho acto administrativo, porque esas formalidades no podrán ser reclamadas en ninguna instancia posterior, pues el proceso coactivo fiscal no tiene ese objeto; empero, lo determinado en el fondo por las autoridades encargadas de la auditoría gubernamental en un debido procedimiento administrativo regulado por las normas aplicables a dicho procedimiento, no puede ser impugnado por medio de un recurso de amparo constitucional, pues la vía idónea para ello es el proceso coactivo fiscal"***



Como se puede evidenciar la transcripción realizada por BISA SAFI S.A. ha cambiado el sentido mismo delo glosado, ya que el precedente constitucional establece que “una auditoría gubernamental efectuada por la Contraloría General de la República **ES un acto administrativo...**” y no como refiere el recurrente empezando su transcripción señalando “...**En un acto administrativo...**” siendo además que el fundamento jurídico del fallo al que hace referencia el recurrente se refiere a un Recurso Directo de inconstitucionalidad de una norma jurídica que involucra directamente a la Responsabilidad por la Función Pública no conteniendo un supuesto factico análogo con el caso que de tramita en Autos.

Por otro lado la sentencia Constitucional N° 0410/2007-R de 16 de mayo de 2007 a la que también hace referencia el recurrente, se trata sobre un proceso de responsabilidad por la función pública que involucra también la inconstitucionalidad declarada en la Sentencia Constitucional citada precedentemente en el que se acusa la falta de notificación con los informes de auditoría, lo que impidieron la presentación de descargos constituyendo estos documentos principales para la iniciación de un proceso de responsabilidad por la Función Pública.

Ahora bien, dentro el presente caso de autos se tiene que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Nota Cite SPVS 230.2009 de 20 de febrero de 2000 notificó los cargos imputados a BISA SAFI S.A. –conforme al procedimiento administrativo– dando de este modo cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Consecuentemente, el precedente constitucional señalado no cuenta con supuestos facticos análogos, además que el órgano de regulación realizó la notificación con el documento que exige la norma para la iniciación de un proceso sancionatorio. Asimismo, corresponde precisar que el caso citado por el recurrente, la omisión consistió en la falta de la notificación con los Informes de Auditoría, generando claro está la indefensión por el desconocimiento de las supuestas imputaciones, caso contrario al caso de Autos, donde la parte recurrente fue notificada con la Nota de Cargos, donde se le expuso los cargos que se le estaba imputando, para que ejerce el derecho a la defensa que le asistía.

Con relación a la Resolución 57/2008 de fecha 14 de noviembre de 2008 pronunciada por la Sala Civil Cuarta de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales no tiene carácter vinculante erga omnes ya que dicho fallo hasta que no sea sometido al control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional Plurinacional solo tiene un carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio inter partes por lo que resulta impertinente su inclusión al presente recurso.

Habiendo realizado un análisis objetivo de los precedentes invocados por el recurrente, llegando a la conclusión de que no corresponden el carácter vinculante pretendido al

caso de autos, queda pronunciarse sobre el Principio de sometimiento a la ley en materia administrativa al que también hace referencia el recurrente.

En este contexto, el artículo 4to inc. c) de la ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 establece: “

*“La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”*

Por su parte el Artículo 66 del Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI” aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 determina:

*“I. Establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos imputados, advirtiéndoles que de no presentar las pruebas de descargo o justificaciones en el tiempo establecido se emitirá la resolución correspondiente.”*

*“II. La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa.”*

Ahora corresponde verificar si los presupuestos legales señalados en la precitada norma fueron cumplidos:

Se tiene que mediante Nota Cite SPVS 230.2009 de 20 de febrero de 2009 la ex SPVS realizó la notificación de cargos a BISA SAFI S.A. en fecha 23 de marzo de 2009 cargos con la Referencia “Notificación de Cargos”, los incumplimientos a disposiciones legales traducidas en cuatro cargos.

En las cuatro infracciones imputadas se detalla de forma expresa la normativa supuestamente vulnerada y al final de la misiva – con el acápite de *Notificación de Cargos* – se le otorga un plazo de cinco días hábiles administrativos para la presentación de justificativos y/o descargos de conformidad a lo establecido por el artículo 67 del Decreto supremo N° 27175.

De lo analizado precedentemente se establece que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, notificó al recurrente con los cargos que estaba imputando en estricta sujeción a lo que establece la norma especial (D.S. 27175), sin que esta contenga y/o disponga que aparte de la notificación de cargos debe ponerse a conocimiento informe o documentos que respalden o hayan dado origen a dicha notificación; por lo que el actuar del órgano de regulación se enmarca en lo establecido por el artículo 4 inc. c), de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En conclusión, de acuerdo a todo lo compulsado, se tiene que el recurrente no fue puesto en estado de indefensión ni se ha afectado el derecho al debido proceso puesto que se dio cabal cumplimiento al procedimiento administrativo para el sistema de Regulación Financiera, siendo inconsistente lo fundamentado y la jurisprudencia presentada.

Finalmente, y no menos importante corresponde recalcar que uno de los derechos de los administrados y de cualquier otra persona es el derecho a la petición no sólo reconocido en materia administrativa sino que constituye un derecho constitucional, en este contexto una vez que la Entidad tomó conocimiento del proceso sancionatorio incoado con la notificación de cargos, el recurrente tenía la facultad de solicitar la información que creyere conveniente, si consideraba que la misma afectaba el ejercicio de su legítimo derecho a la defensa, pudiendo haber solicitado copia del informe en cuestión, o simplemente apersonarse ante autoridad pública y solicitar la revisión del expediente, situación no ejercida por el recurrente, procediendo con la presentación de los descargos correspondientes, situación que revela que el recurrente contaba con los elementos necesarios para presentar sus descargos.

## **2. Sobre la anulabilidad de la Notificación de Cargos**

El recurrente hace referencia que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por el párrafo III del artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que el mismo establece un plazo de cinco (5) días para su notificación y esta fue realizada en fecha 23 de marzo de 2009 (fuera del plazo señalado).

Efectivamente el párrafo III artículo 33 de la precitada disposición legal norma las notificaciones de los actos administrativos; empero el párrafo II del mismo articulado señala lo siguiente:

*“Las notificaciones se realizaran en el plazo, forma, domicilio y condiciones señaladas en los numerales III, IV, V, y VI del presente artículo, salvo lo expresamente establecido en la reglamentación especial de los sistemas de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.”*

De acuerdo a la norma señalada se tiene que esta deriva a una normativa especial el procedimiento de notificaciones y sus efectos que en este caso corresponde circunscribirnos a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 27175 que reglamenta a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera que con relación a las notificaciones con cargos y sanciones establece:

**“Artículo 26.- (Notificación con Cargos y Sanciones).** *Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practican mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se*

*apersone por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado."*

Como se puede apreciar en la precitada disposición especial, esta dispone que se citará de manera escrita al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos se apersone a Secretaría a fin de tomar conocimiento y notificarse sobre los cargos imputados, por lo que la notificación con cargo y sanciones no es realizada en el plazo de cinco días, sino sujeta a un procedimiento de citación y notificación.

Revisado el expediente, podemos advertir que sólo se procedió con la primera citación, por lo tanto el procedimiento no ha sido cabalmente cumplido por la Autoridad Fiscalizadora.

Ahora bien, corresponde revisar la procedencia de anulabilidad, para ello corresponderá revisar la doctrina y jurisprudencia, conforme se procede a continuación:

De forma unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia determinan que a efectos de determinar la nulidad del acto sea total o relativa, se debe considerar los principios que rigen, cuales son, entre otros el de Trascendencia y Convalidación.

Por lo que, importará que sean desarrollados, conforme se procede a continuación.

El principio de Trascendencia, determina que para que proceda la declaración de nulidad, tiene que existir un perjuicio cierto e irreparable. Este principio por lo tanto se rige en el precepto "*pas nullites ans grief*" (no hay nulidad sin perjuicio).

Es así que tiene que acreditarse el perjuicio por el acto procesal viciado, caso contrario y bajo este principio no puede determinarse la Anulabilidad del acto.

Trayendo a colación al caso de Autos, tenemos que la notificación realizada si bien ha sido procesada sin cumplir a cabalidad la normativa, sin embargo la misma no genera perjuicio para el administrado, ya que su derecho a la defensa ha sido ejercido en el plazo otorgado y computado a partir de día de su legal notificación.

Respecto al Principio de Convalidación, los Catedráticos Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón Fernández en su Libro Curso de Derecho Administrativo, nos señala que:

*"...La anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio exclusivo del particular afectado por el acto viciado. Para ello se reconoce a este la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de nulidad del acto. Si esta reacción del afectado no se produce el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de la seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de pendencia prolongada. Por las mismas razones, la propia Ley permite la convalidación de los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan, convalidación que producirá efectos a partir de la fecha en que tenga lugar (art. 67 LPC).*

Es así que la anulabilidad del acto administrativo se distingue de la nulidad en su posibilidad de subsanación. "El acto procesal anulable se equipara - de no ser subsanado - al acto nulo, no siendo susceptible de producir efecto alguno. Pero realizada la subsanación, ya sea procesal o por un acontecimiento que convalide el acto los efectos de este se producen desde el momento en que ha tenido lugar.

De ello tenemos que el principio de convalidación forma parte de la estructura misma de las modernas concepciones relativas a la anulabilidad procesal. Por ello, resulta imprescindible valorar, previamente, si se ha operado o no la convalidación del acto viciado, porque de haber sido así todo defecto formal habría quedado subsanado al tener presente la relatividad de la nulidad procesal.

Respecto a las nulidades en las notificaciones, el vicio procesal se convalida si el litigante oportunamente no alega el derecho fundamentando los agravios que este podría ocasionarle precluyendo el derecho que le asiste e implícitamente convalidando el acto realizado; el acto produce plenamente sus efectos mientras no sea impugnado dentro de un plazo preclusivo por alguna de las partes. De acuerdo a lo manifestado se tiene que posterior a la Notificación de Cargos efectuada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, BISA SAFI S.A. mediante nota CITE: SAFI/1013/2009 de 30 de marzo de 2009, señala tomar conocimiento de los cargos imputados, presenta descargos y no hace alusión alguna a la anulabilidad de la notificación de cargos siendo que este acto convalida cualquier eventual defecto procesal de forma que pudo producirse habiendo precluido el derecho que le asiste a invocar una eventual anulabilidad del procedimiento, por lo tanto, no corresponde que esta instancia jerárquica, considere la anulabilidad del acto.

### 3. Sobre los cargos imputados y sancionados.-

#### 3.1 Sobre el Primer Cargo.-

El cargo y posterior sanción se refieren principalmente a la eventual confusión que podría haber entre los Formularios FORM-P-003/03 y FORM-P-008/03 ya que el recurrente manifiesta que el órgano de regulación errónea y maliciosamente pretende imaginar algo y convertirlo en verdad ya que el Formulario FORM. P-003/03 consigna el título “*Comprobante de Compra/Venta de Cuotas*” y no “*Comprobante de Compras/Rescate de Cuotas*” como refiere la ASFI, asimismo señala que el documento que corresponde al rescate de cuotas es el formulario FORM. P-008/03.

En este sentido de acuerdo a la documentación que presenta BISA SAFI S.A., en el recurso presentado es evidente que el Formulario FORM. P-003/03 conlleva lo expresado por este; empero esta instancia jerárquica debe circunscribirse a toda la documentación que conforma expediente administrativo elevado.

Tenemos entonces que a fojas 142 del expediente administrativo, se evidencia el formulario FORM P-003/03 asignado con el número 049447 el que hace referencia al caso denunciado en el que textualmente señala “**Comprobante de Compra/Rescate de Cuotas**” y corresponde al participante C-TRANS SRL por el rescate de \$us 62.380,00. Consecuentemente se evidencia que BISA SAFI S.A. maneja dos formularios asignados con la misma denominación (FORM. P-003/03).

Cabe aclarar que el formulario FORM. P-003/03 con la denominación Comprobante de Compra/Venta de Cuotas al que hace referencia el recurrente es presentado posterior al FORM. P-003/03 con la denominación Comprobante de Compras/Rescate de Cuotas y el que corresponde a la transacción realizada por la empresa C-TRANS SRL es segundo, vale decir “**Comprobante de Compra/Rescate de Cuotas**”.

Asimismo, el recurrente en la presentación de descargos cursantes a fojas 211 textualmente señala: ...” *Situación que no se presenta en el ‘Comprobante de Rescate de Cuotas’ Form. P-003/03, el cual es formulario impreso donde no participa en forma directa el Participante...*” afirmando que el formulario Form. P-008/03 corresponde a la boleta de rescate en la que interviene el participante y cumple con los requisitos en la normativa vigente.

Por lo que, queda claro, que el Formulario P-003/03 “**Comprobante de Compra/Rescate de Cuotas**”(Fs. 142), utilizado para la transacción de rescate correspondiente al participante C-TRANS SRL por \$us 62.380,00, no cumple con la determinación de la normativa, que fue imputada y sancionada por la Autoridad Fiscalizadora.

Es así que, se constata que el órgano de regulación ha realizado una valoración correcta de los descargos presentados y los hechos comprobados siendo contradictorio e incongruente los fundamentado presentados por el recurrente.

Ahora bien, y sólo de manera informativa, si tomamos en cuenta lo afirmado por el recurrente y establecemos como la boleta de rescate el Form. P-008/03, se constataría la existencia de indicios de incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 66 de la Normativa para los Fondos de inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 421 de 13 de agosto de 2004 en los incisos d) Número de Comprobante, e) Número de inscripción al Fondo de Inversión en el reglamento del Mercado de Valores, g) Número de cuotas que adquiere el participante y h) Valor de la cuota del día de compra, sin embargo y como se señaló, el Formulario que corresponde y ha sido sujeto de proceso sancionatorio del caso de autos es el FORM. P-003/03.

### **3.2 Sobre el Segundo Cargo.-**

El recurrente señala que no vulneró lo dispuesto en el punto 2 del procedimiento interno DOP/RDC/003-1, puesto que éste establece como procedimiento para el rescate de cuotas en cheque (Fondo Premier), la presentación de una carta de preaviso o boleta de rescate a los representantes autorizados de la Sociedad Administradora y el participante y de acuerdo a lo señalado se presentó la boleta de rescate.

Asimismo, el recurrente en su Recurso de Impugnación, como en la exposición oral de fundamentos señala que la SPVS modificó arbitrariamente el cargo formulado, señalando que BISA SAFI S.A. debió implementar procedimientos diferenciados de rescate de cuotas para personas naturales y jurídicas.

En este contexto se tiene que de acuerdo a la compulsas de los antecedentes se evidencia que en la notificación de cargos realizada a BISA SAFI S.A. mediante nota Cite SPVS 230.2009, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros señala: *“Al recibir la entidad la orden de rescate Forma (sic) P-008/03 ‘Rescate Dólares Americanos’ del 18 de abril de 2008, de una persona que no sería el participante, la Sociedad habría incumplido el punto 02 del procedimiento DOP/RDC/003-1 contenida en su Manual de procedimientos y Control Interno Versión 2005, para el ‘Rescate de Cuotas en cheque’.”*

Posteriormente en la Resolución Administrativa SPVS/IV N° 289 de 23 de abril de 2009 en su página sexta señala *“... por tanto al existir dos tipos de participantes que dentro de la operativa de rescate de cuotas son distintos, la sociedad debería haber implementado procedimientos para rescates de cuotas para participantes naturales y jurídicos.”; (...)* *“Considerando que la SAFI no implementó un procedimiento diferenciado para ambos tipos de participantes y al existir solo un procedimiento para*

*el rescate de cuotas con cheque descrito en el procedimiento DOP/RCD/003-1 por lo que no desvirtúa la observación revelada en la nota de cargo SPVS 230/2009,..."*

En primer término se debe aclarar que los cargos no pueden ser modificados una vez imputados los mismos; debiendo seguir el procedimiento sancionatorio, determinándose la sanción en caso de confirmarse la infracción, en su caso estableciéndose su desestimación.

Sin embargo, en el presente caso, la fundamentación presentada por la Autoridad Fiscalizadora a tiempo de la valoración del descargo, ha generado confusión al administrado, ya que la misma no se pronuncia sobre la verdad material de los hechos, sino se limita a la necesidad de crear otro procedimiento, cuando lo que correspondía, era la verificación de la existencia o no de la presentación de la carta pre-aviso o boleta de rescate por parte del participante, es decir debió proceder con la correcta valoración del descargo presentado. Omisión en que sí incurrió la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ya que se alejó de la naturaleza misma de la imposición del cargo imputado en la nota Cite SPVS 230.2009, estableciendo aspectos que no concuerdan con la imputación realizada, lo que crea una confusión en la interpretación del recurrente a creer que el cargo haya sido modificado.

Esta situación genera la ausencia de una correcta motivación, para la imposición de una sanción y confirmación de la misma, repercutiendo en que el administrado no puede presentar fundamentos o argumentaciones que permitan su correcto ejercicio del derecho a la defensa.

Corresponde a su vez, revisar el Principio de Congruencia, que conforme fue desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

*"... 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".* (Negritas 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*". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este contexto, existe incongruencia por parte de la ex autoridad reguladora entre el cargo imputado en primera instancia con la valoración que se hizo de este al momento de emitir resolución, aspecto que crea una inseguridad jurídica por parte del recurrente, al derecho a tener la certeza de que el pronunciamiento que emitió la autoridad administrativa goce de legitimación y certidumbre sobre la prueba de descargo aportada, consecuentemente corresponde anular el cargo imputado, debiendo el órgano de regulación realizar una valoración adecuada a los antecedentes.

### **3.3 Sobre el tercer cargo.-**

Sobre el presente cargo el recurrente señala que: *"el cheque correspondiente a la operación de rescate de cuotas en fecha 18 de abril de 2008 por el participante C-TRANS, antes de ser entregado al beneficiario de la operación, únicamente consignaba una de las firmas autorizadas por la sociedad para su validez como es el caso de la firma de la Jefa de operaciones de BISA-SAFI que se encontraba en la ciudad de La Paz"*

Por otro lado manifiesta que la segunda firma autorizada fue realizada el momento de la operación de rescate; posteriormente de forma enfática expresan que *"negamos que los cheques pre-firmados incumplan el procedimiento DOP/RDC/003-1..."*

De acuerdo a lo señalado se tiene que BISA SAFI confiesa que el cheque de la operación de rescate contaba con una firma previa al procedimiento de cobro.

Al respecto y como su nombre lo indica, PROCEDIMIENTO en la sucesión consecutiva y ordenada de pasos a seguir para la realización de un determinado proceso.

En este contexto el proceso de operación de rescate de cuotas se encuentra reglamentado por el procedimiento DOP/RDC/003-1 que establece una serie de veinte pasos a seguir para la concreción de una operación de rescate.

El paso número 15 establece de forma clara y categórica "Firman el Cheque" aspecto entendido por la acción de firmar el documento una vez superado los pasos anteriores para posteriormente continuar con los pasos que siguen.

Esta acción de ninguna manera señala, ni se puede entender que el documento (cheque), ya se encuentre firmado sea por una o varias personas antes de cumplir con los procedimientos anteriores.

Por lo que, más allá de la justificación del procedimiento que se quiera dar, lo que la instancia jerárquica debe verificar es la legalidad de los actos, donde en el caso de

Autos, se verifica que el Reglamento determina los pasos a seguir, mismo que por imperio de la normativa deben ser cumplidos, caso contrario se comete infracción y es sujeto a sanción, conforme la normativa aplicable.

Finalmente, el argumento presentado por el recurrente referente a que "sin la segunda firma el cheque no tendría la eficacia para el cobro", corresponde precisar una vez más, que el procedimiento a seguir está escrito y es de cumplimiento obligatorio, y no permite tal situación, por lo que la infracción se constata, al haberse emitido y firmado (una sola firma) el cheque antes del inicio del proceso.

### **3.4 Sobre el cuarto Cargo.-**

La entidad recurrente señala que de acuerdo al Manual de organización de Funciones versión 2005 de BISA-SAFI, aplicable al presente caso, el Oficial de Inversiones tiene la función, entre otras, de:

*"08. Atender toda solicitud de participantes, sean estas personales o enviadas con cartas para tal efecto previa verificación de las firmas correspondientes"*

De acuerdo a la reglamentación invocada, es evidente que el Oficial de Inversiones, además de sus funciones propias, tiene la facultad de atender toda solicitud de los participantes, empero la mencionada disposición no es expresa al delegar la función del llenado de cheques de rescate de cuotas, que es de atribución exclusiva del Asistente de Inversiones, pretendiendo contradecir sus propios procedimientos internos de funciones.

No es legalmente sustentable pretender validar una disposición general con una específica que atribuye una facultad privativa de un funcionario con otro sin importar el rango de este.

Consecuentemente el procedimiento del llenado de los cheques de rescate de cuotas es una facultad expresamente atributiva al Asistente de Inversiones tal como lo dispone el Procedimiento para Rescate de Cuotas en Cheque (Fondo Premier) DOP/RDC/003-1.

### **4. Alegatos Tercero Interesado.-**

De acuerdo a los alegatos presentados por el señor Adolfo Castillo Caballero, éste realiza un análisis cronológico de todos los acontecimientos suscitados, señalando aspectos de distinta índole a la de la jurisdicción administrativa por lo que corresponde considerar lo siguiente:

El principio de separación de funciones, conocido también en la doctrina clásica como el principio de división de poderes, implica la distribución de 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, el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia.

La separación de funciones tiene como objetivo central evitar el abuso de poder y preservar la libertad, evitando la concentración del poder político en un sólo órgano; de manera que, para lograr ese objetivo las diferentes funciones inherentes al ejercicio del poder del Estado, son distribuidas a los diferentes órganos.

En este contexto, la función administrativa se encuentra delegada al ahora Órgano Ejecutivo y la función judicial al ahora Órgano Judicial con funciones y atribuciones diferentes, por lo que sus competencias no son las mismas y cualquier pronunciamiento de cualquiera de estos, se lo debe realizar dentro la limitaciones que su competencia lo exige.

Siguiendo este precepto, La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 5, parágrafo I, determina que: “Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias”; en este contexto la actividad regulatoria se encuentra normada por una serie de disposiciones legales encargadas de regular la actividad administrativa de los sujetos sometidos a su regulación no pudiendo extralimitarse en sus funciones, atribuciones ni competencias bajo pena de nulidad del acto y posterior responsabilidad.

De acuerdo a lo señalado precedentemente esta instancia Jerárquica se ve imposibilitada de pronunciarse sobre aspectos que no competen su materia, tal es el caso de una jurisdicción penal o arbitral que hace referencia el representante de C-TRANS SRL.

Por otro lado, y dentro el contexto administrativo Adolfo Castillo Caballero realiza una cronología de las infracciones establecidas por el Órgano de Regulación señalando su conformidad en la emisión de la Resoluciones Administrativas que al caso concierne no correspondiendo pronunciamiento alguno respecto a lo manifestado debiendo remitirse a lo fundamentado líneas arriba sobre los cargos y el recurso compulsado.

Asimismo de manera expresa el peticionante solicita el incremento de la sanción hasta la suma de \$us 10.000 considerando insuficiente la sanción impuesta por el regulador.

La ciencia del derecho establece como un principio fundamental relacionado con garantías constitucionales como a la defensa y al debido proceso, el principio “*Non Reformatio in Peius*”; que será desarrollado a continuación:

El derecho que les asiste a los sujetos procesales que recurren ante una decisión administrativa, es pretendiendo que el superior en grado ampare su pretensión impugnada dándole la razón, pero en ningún caso para que agrave su situación.

El principio *Non Reformatio in Peius*, consiste en la prohibición que tiene el Tribunal de apelación y/o impugnación en empeorar la situación del recurrente en los casos que no ha mediado el recurso del adversario. El principio de la reforma en perjuicio es, en cierto modo, un principio negativo: consiste principalmente en una prohibición. No es posible reformar la sentencia o el fallo apelado en perjuicio del único apelante.

En este contexto el proceso administrativo sancionatorio involucra simplemente al administrado quien agraviado por un fallo de la Administración Pública recurre en apelación precisamente para que el tribunal de alzada reconsidere aspectos formales y de fondo en beneficio de este, no así en su perjuicio.

Consecuentemente esta instancia Jerárquica no puede ingresar en la valoración de la imposición de sanción en un monto mayor, al no ser de su competencia y encontrarse en contradicción con el Principio desarrollado precedentemente.

#### **CONSIDERANDO**

Que, de acuerdo a lo esgrimido por esta instancia jerárquica sobre el principio de proporcionalidad, 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 este contexto, se valoraron los cargos imputados y sancionados por instancia inferior llegando a pronunciar criterio sobre la anulabilidad de uno de ellos, situación que deberá ser tomada en cuenta por Autoridad de Supervisión a tiempo de la ejecución de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a) y artículo 44, del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, deberá resolver el Recurso Jerárquico conforme a procedimiento.

#### **POR TANTO:**

La Ministra interina de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 398/2009 de 18 de noviembre de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución

Administrativa SPVS-IV N° 289 de 23 de abril de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, respecto a los cargos sancionados 1, 3 y 4.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR** el procedimiento administrativo sancionatorio, correspondiente al cargo No. 2, debiendo emitirse nueva nota de cargos y seguir el proceso administrativo correspondiente, en sujeción a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Antonia Rodríguez Medrano**  
**Ministra de Economía y Finanzas Públicas a.i.**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA  
"LA PRIMERA"

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 446/2009 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010 DE 03 DE MAYO DE 2010**

**FALLO**

**ANULA**





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010**

La Paz, 03 de mayo de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009 de 1 de octubre de 2009, que los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°024/2010 de 15 de abril de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 18 de diciembre de 2009 ante la Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 55 del Distrito Judicial de La Paz, Dra. MABEL HORTENSIA FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** presentó Recurso Jerárquico representada legalmente por el Gerente General Sr. Carlos de Grandchant Suarez tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0367/2009 de 7 de agosto de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 018 a cargo de la Dra. Nilda Pestañas Cerezo del Distrito Judicial de la Paz, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009 de fecha 1 de octubre de 2009.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de enero de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera**.

Que, mediante Auto de fecha 7 de enero de 2010, se hizo un llamamiento a los terceros interesados **Salomé Limachi Vda. de Carvajal, Ana María Carvajal Limachi, Diego Freddy Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Soledad Carvajal Limachi** para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, mediante memoriales de fecha 25 de enero y 8 de febrero de 2010, la Sra. Ana María Carvajal, presenta alegatos referentes al Recurso Jerárquico planteado.

Que, el 19 de febrero de 2010, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del tercer interesado la Sra. **Ana María Carvajal Limachi**.

Que mediante memorial presentado el 8 de febrero de 2010 la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal, presenta Recurso Jerárquico, mismo que conforme al Auto de fecha 25 de febrero de 2010, se consideran como alegatos.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 18 de marzo de 2010 se amplía el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos, para resolver el Recurso Jerárquico interpuesto por **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera**.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 277/2009 DE 1 DE OCTUBRE DE 2009.-**

Que mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009 de 1 de octubre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“...

1. Instruir a Mutual La Primera, ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria constituida para la operación 00-34-02161 ó, liberando a la señora Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos del Sr. Fernando Carvajal Condori.
2. Instruir a la Mutual La Primera restituir los montos cobrados al prestatario y a sus herederos posteriores a la fecha en que tomo conocimiento del siniestro.
3. La Resolución debe ser puesta en conocimiento del Directorio de Mutual La Primera, correspondiendo incluir su consideración en la próxima reunión, debiendo entregarse a éste Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas.
4. Notificar con la presente Resolución a la señora Ana María Carvajal Limachi, como tercera interesada.”

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 29 de octubre de 2009 la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera.**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009 de 1 de octubre de 2009, con los siguientes argumentos:

### **“1. DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.**

La Resolución ASFI No. 277/2009 contra la que interponemos el presente Recurso de Revocatoria, no solo que ha desconocido prueba esencial sino que cuando la ha mencionado se la ha valorado incorrectamente, incurriéndose en error de hecho y de derecho en esa valoración, a lo que se suma la violación e incorrecta aplicación de las disposiciones legales que serán señaladas.

En síntesis esa Resolución (que en el fondo se traduce en una sentencia de condena de daños y perjuicio con el ‘nomen’ de menoscabo patrimonial) llega a establecer incorrectamente ‘una deficiencia operativa’ como consecuencia de:

- a) No haber valorado independiente y correctamente las cláusulas de la Póliza Para el Caso de Invalidez Total y Permanente;
- b) Haber aplicado una cláusula de la Póliza de Seguro en Vida para una cobertura distinta: Invalidez, cuyo art. 13 (Aviso del siniestro) solo tiene efectos en caso de fallecimiento y no en caso de invalidez;
- c) Haber desconocido y modificado la cláusula séptima del Contrato de Préstamo que claramente establece que el seguro, tanto de vida como de

invalidez, cubre a los prestatarios y se aplica al préstamo según los porcentajes allí establecidos

- d) Al haber ignorado que entre las mismas partes, por la misma causa y con el mismo objeto los herederos de Fernando Carvajal Condori interpusieron una demanda ordinaria, habiéndose pronunciado los fallos de instancia (sentencia y auto de vista) que no pueden ser revisados en la vía administrativa;
- e) Igualmente por haberse desconocido un Contrato Transaccional, cuyo contenido, alcance, validez y efectos de cosa juzgada no pueden ser revisados en sede administrativa y ni modificados por su autoridad, menos imponerse ninguna condena de 'reparación de menoscabo' sobre la voluntad y el acuerdo transaccional de las partes; y,
- f) Porque como efectos de lo señalado la Resolución impugnada ha violado las normas Constitucionales, las de carácter sustantivo y adjetivo, conforme pasamos a demostrar.

**2. LA PÓLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO TIENE DOS COBERTURAS O CUBRE DOS RIESGOS: EL DE VIDA Y EL DE INVALIDEZ, CADA UNO DE ELLOS SUJETOS A SUS PROPIAS CONDICIONES; NO SIENDO APLICABLE EL PLAZO PARA EL 'AVISO DEL SINIESTRO EN CASO DE MUERTE' AL SEGURO DE INVALIDEZ QUE NO SE ENCUENTRA SUJETO A NINGÚN 'AVISO' NI 'PLAZO'.**

Lamentablemente en la Resolución impugnada, por un error de interpretación, se ha desconocido que la Póliza de Seguro No. A0070350 emitida por la Boliviana CiaCruz, Ahora Zurich Boliviana de Seguros Personales, el seguro de desgravamen hipotecario cubre dos coberturas: 1. Muerte y 2. Invalidez Total y Permanente, **encontrándose regulado cada uno de esos dos riesgos asegurados por sus PROPIAS CONDICIONES PARTICULARES, no siendo aplicables las unas a las otras no solo por las cláusulas específicas de cada una de ellas sino por la propia naturaleza del riesgo coberturado.**

A lo anterior debemos agregar que **las condiciones particulares y especiales prevalecen sobre las condiciones generales.** Ahora bien, de la lectura de la Póliza, Condiciones Generales y Particulares, se establece que **las Condiciones Generales regulan el seguro de vida (cobertura al fallecimiento) y esas condiciones no son extensivas al seguro por Invalidez Total y Permanente QUE NO ESTA SUJETO A NINGÚN PLAZO NI REQUISITO DE AVISO DEL SINIESTRO.**

En efecto, el seguro de Invalidez Total y Permanente (seguro complementario del de Vida regulado en las Condiciones Generales) **no requiere de ningún AVISO para dar conocimiento del siniestro, pues tal aviso no existe ni ha sido estipulado en ninguno de los 5 artículos de las Condiciones Particulares.** Por el contrario, según este condicionado particular que **prevalece sobre las Condiciones Generales, únicamente se requiere:** a) Tener la edad establecida y b) Que la

incapacidad sea reconocida por el o los profesionales médicos competentes y sea remitido ese informe de calificación de invalidez al Asegurador.

Al haberse interpretado y aplicado incorrectamente y por extensión el art. 13 del Condicionado General de la Póliza de Seguro sobre el Condicionado Particular, cuyo plazo - reiteramos solo es válido para el caso de muerte- se lo ha hecho desconociendo el contenido, eficacia y efectos de las Condiciones Particulares, creándose un "plazo de Aviso de Invalidez" **inexistente en el derecho de seguros sobre incapacidad o invalidez e inexistente en las Condiciones Particulares**

Consiguientemente no solo que no es aplicable el plazo para comunicar el fallecimiento (180 días), sino y es lo más importante, por la naturaleza del riesgo, la invalidez de acuerdo al contrato de seguros contenido en el Certificado No. A0219643, **no contempla ningún plazo para 'comunicarse' el siniestro por invalidez**, por cuya razón los artículos: 1° (Cobertura) 2° (Definición de Invalidez) y 3° (Justificación de la invalidez), no hacen ninguna referencia al plazo para 'comunicar' la invalidez, **sino únicamente que ésta se produzca durante la vigencia del seguro y se presenten los informes médicos requeridos.**

La inexistencia de plazo para 'comunicar' la invalidez, deviene de la naturaleza del riesgo objeto del seguro que la mayoría de los casos no permiten establecer la fecha del siniestro (por ejemplo: Cuál sería la fecha si el prestatario sufre una demencia precoz, o una diabetes o pérdida de la vista: en la fecha que se inicio la enfermedad, en la fecha en que se agravo, en la fecha de declaración de invalidez).

En todo caso, al no existir en la póliza de seguro, ninguna cláusula que permita ni admita aplicarse el **art. 13 del clausulado que regula únicamente el aviso del siniestro encaso de muerte**: queda inequívocamente demostrado que **no se interpretó correctamente el Certificado A0242332**. Pago 'Anticipado del capital Asegurado en caso de Invalidez Total y Permanente', **y se aplicó indebida e incorrectamente** un plazo inexistente para dicha cobertura, vale decir el art. 13 del Condicionado General que se aplica únicamente en caso de muerte.

Esa incorrecta interpretación y aplicación ilegal de la cláusula que regula el seguro de vida al seguro de invalidez, **pone en riesgo la cobertura de ese seguro de (invalidez)** a favor de nuestros prestatarios, pues el Asegurador podrá invocar su Resolución impugnada para denegar la cobertura y pago del seguro, con el argumento de que 'no se comunicó el siniestro en el plazo establecido para el Seguro de Vida', afectándose además los derechos de los prestatarios que habiendo cumplido únicamente con los informes médicos se beneficiaron con el pago por invalidez, sin que jamás se haya objetado por el Asegurador que debió 'comunicarse el siniestro', antes del informe del 'INSO', y **se afectará también a decenas de prestatarios que tendrían pleno derecho a que el seguro pague la indemnización sin necesidad de ninguna comunicación previa.**

Al interpretarse incorrectamente el clausulado que regula el seguro de invalidez aplicando - reiteramos - un inaplicable plazo, no sólo que se lo ha hecho sin efectuar la necesaria distinción entre los artículos de la Póliza que regulan el aviso

en caso de fallecimiento y aquellos que estipulan el contrato de seguro en caso de invalidez, sino que además y como consecuencia del error en la interpretación de la póliza, se han aplicado indebidamente los artículos 1028 y 1031 del Código de Comercio. En efecto, el plazo para el aviso de siniestro establecido por el art. 1028 no es aplicable 'si señala otro diferente para seguros específicos'. **En el caso que nos ocupa no existe ningún plazo ni para comunicar ni para solicitar el pago de la indemnización: solo se requiere presentar el informe de calificación de Invalidez.**

Pero no sólo que no existe plazo en la póliza que se encuentra dentro de la conceptualización de 'dar aviso del siniestro de invalidez', sino que aún en el inexistente supuesto de que así fuese, la sola falta de comunicación de un siniestro cualquiera, para que sea rechazado el reclamo, debe tener "por fin impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro o el de la magnitud de los daños 'conforme lo dispone el art. 1030 del Código de Comercio, a lo que se suma el hecho de que la pérdida del derecho a la indemnización solo se da en los casos del art. 1038 de dicho Código, entre los que no se encuentra la pérdida de ese derecho por el solo retraso en la comunicación, como incorrecta y, parcialmente se deduce en la Resolución No. 277/2009.

Señor Director, el criterio que sustenta la Resolución Impugnada además de interpretar incorrectamente los condicionados particulares de la póliza, no hace otra cosa que liberar desus obligaciones al asegurado en perjuicio de nuestros prestatarios.

Por lo expuesto pedimos también la revocatoria de la Resolución Impugnada, dando correcta interpretación y aplicación a las cláusulas de las condiciones particulares que regulan el contrato de Seguro de Invalidez total y permanente.

### **3. PRUDENTE Y CORRECTO MANEJO DE RIESGO E INEXISTENCIA DE ERROR OPERATIVO.**

Como tenemos señalado, la póliza de Seguro de Invalidez y concretamente las condiciones para reclamar la indemnización por Invalidez, además de corresponder a la naturaleza del riesgo que cubre, resulta innegablemente beneficiosa para nuestros prestatarios, **pues la inexistencia de plazo** para comunicar y para reclamar el pago de la indemnización, permite que esta se efectúe en cualquier momento de vigencia del Seguro.

Consiguientemente, **no existe ningún riesgo** en la administración del Seguro de Invalidez, por el contrario al haber negociado y contratado el referido seguro de Invalidez sin "plazo de comunicación" y solo sujeto a la condición de presentarse el dictamen médico se excluyó a favor de nuestros prestatarios cualquier plazo y, siendo así, se eliminó el 'riesgo' establecido en los artículos 1028, 1030 y 1038 del Código de Comercio. Que la empresa aseguradora hubiese rechazado un reclamo concreto que además se encuentra sujeto al conocimiento de la jurisdicción Civil-Comercial, no da lugar a calificarse que Mutual 'La Primera' hubiese 'incurrido en error operativo', pues en esa lógica toda vez que el Asegurador rechace el pago de una indemnización se trataría de un error operativo, se lo liberaría al Asegurador y se condenaría a la Mutual 'La Primera'.

En todo caso, el error operativo determinado en la Resolución Administrativa, se refiere a la omisión de no dar aviso del siniestro a la Compañía Aseguradora dentro de los tres días'. Tal error operativo, al no existir ningún plazo para dar aviso de la invalidez, no ha existido ni podía existir, salvo que se altere el alcance, y contenido de un seguro: de grupo en vida cuya cobertura es la muerte, a otro completamente distinto e independiente: De Invalidez total y permanente.

Habiéndose incurrido en error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba y consiguientemente en la calificación de deficiencia operativa, pedimos respetuosamente a su autoridad se digne revocar la Resolución impugnada.

#### **4. DESCONOCIMIENTO DE LA EFICACIA DE LA CLAUSULA SÉPTIMA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO.**

De acuerdo a lo expresamente estipulado en el contrato de préstamo otorgado a los esposos Carvajal-Limachi (Escritura Pública No. 180/99, celebrada en fecha 14 de junio de 1999 ante la Notaria de Fe Pública Ana MaríaPeñaranda C.) el seguro de desgravamen hipotecario, en sus coberturas de Invalidez Total y Permanente y de Vida, **'cubre a cada uno de los prestatarios en los siguientes PORCENTAJES: FERNANDO CARVAJAL CONDORI53% y a Salome Limachi de Carvajal 47%.**

**Esos porcentajes de asegurabilidad no solo que no han sido considerados en la Resolución contra la que interponemos el presente Recurso sino que han sido desconocidos,** pese a ser esencial su valoración y no poder prescindirse de su contenido y efectos si quiere calificarse un riesgo operativo y aún más si se pretende cuantificar ese riesgo.

Como consecuencia se han violado los arts. 450 y 519 del Código Civil, al desconocerse que el contrato de préstamoincluyéndose su clausulaséptima tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y que no puede ser disuelto sino por consentimiento o por las causas establecidas por ley.

Cabe aclarar para evitar confusiones entre las cláusulas que regulan el seguro de vida y las cláusulas particulares que regulan el seguro de Invalidez Total y Permanente que **no es aplicable el certificado A0242332 que era aplicado ÚNICAMENTE EN CASO DE FALLECIMIENTO (aspecto reconocido también por los funcionarios de la ASFI conforme consta en la carpeta del proceso administrativo)**

La validez de la cláusula séptima, es decir, los porcentajes de asegurabilidad también ha sido **reconocida y establecida por la jurisdicción ordinaria civil comercial,** tal como consta en la sentencia y Auto de Vista que acompañamos y que fueron pronunciados en el **Proceso Ordinario** seguido por los Herederos de Fernando Carvajal Condori contra ZURICH Seguros Personales y Mutual La Primera, **fallos que no pueden ser revisados ni modificados en la vía administrativa.**

Como queda establecido en la Resolución No. 277/09 (primer párrafo del quinto considerando), tal Resolución **Queda** circunscrita **a la** participación operativa de

Mutual '**La Primera' relacionada al siniestro de invalidez permanente y no así al deceso del Sr. Carvajal**'. Siendo así, resulta incuestionable que para determinar "una deficiencia operativa (supuestamente) originada en la omisión de dar parte a la compañía aseguradora y que hubiese ocasionado un menoscabo a los herederos del Sr. Carvajal Condori", **tal deficiencia** (que no es cierta como tenemos demostrado tiene que guardar relación directa e inmediata con el menoscabo que se hubiese causado (causa y efecto), y ese menoscabo en caso de que hubiese sido cierto **esta y solo puede ser determinado en función del porcentaje asegurado en caso de invalidez total y permanente, y que no es otro que el 53% del saldo del préstamo y no como se determina en el 100%, que solo era aplicable en caso de fallecimiento o muerte.**

Expresado de otra manera, Sr. Director, si la Sociedad Aseguradora hubiese reconocido el siniestro, **(como que deberá hacerlo una vez que se dicte el Auto Supremo)** solo habría pagado el 53% del saldo del crédito manteniéndose vigente el porcentaje del 47% que debería seguir siendo pagado por la coprestataria Salome Limachi de Carvajal (quien se ha liberado de esa obligación por efectos del acuerdo transaccional) y lógicamente se mantendría vigente también la hipoteca por el saldo deudor.

Téngase en cuenta que a esa conclusión no arribamos únicamente nosotros, emerge de la propia cláusula contractual que no puede ser derogada, modificada ni anulada en la vía administrativa, de la interpretación efectuada por las Direcciones y Unidades de esa Entidad Supervisora, y por los fallos dictados en la jurisdicción Ordinaria.

Como advertirá su autoridad, a tiempo de pronunciarse la Resolución No. 277/2009, se ha omitido valorar correctamente el contrato de préstamo, concretamente la cláusula séptima referida al seguro de desgravamen hipotecario, y como consecuencia se aplica indebidamente la supuesta 'deficiencia operativa' establecida por esa Autoridad de Supervisión, en contra y fuera de lo establecido en el contrato de préstamo y en el contrato de Seguro, en contra y al margen de los hechos, declarándose incorrectamente cancelado un préstamo, ordenándose también indebidamente la restitución de los pagos de las cuotas mensuales y la liberación de la hipoteca.

Sintetizamos: **Si la prestataria Salome Limachi Vda. de Carvajal no sufre de ninguna invalidez y menos ha fallecido ¿Que deficiencia operativa puede existir en la administración del riesgo seguro de desgravamen y si no hay tal, cual el riesgo operativo, cual el menoscabo?** La Sra. Limachi Vda. de Carvajal se encuentra liberada de esa obligación: pagar el 47% del saldo a capital y de las cuotas que no pagó únicamente por efectos del contrato transaccional, que tal parece ser desconocido por ella en su propio perjuicio.

Por lo expuesto, pedimos respetuosamente se REVOQUE la Resolución recurrida y por tanto se deje sin efecto su Resolución, revocatoria y petición que la formulamos también al amparo de lo dispuesto por los arts. 153 y 154 inc.1) de la Ley 1488.



## **5. EL CONTRATO TRANSACCIONAL CELEBRADO ENTRE PARTES NO PUEDE SER REVISADO, MODIFICADO NI ANULADO EN LA VIA ADMINISTRATIVA**

Los mismos hechos y las mismas pretensiones que motivaron el reclamo de la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, y los mismos hechos que son considerados y decididos en la Resolución contra la que interponemos el presente Recurso de Revocatoria, han sido resueltos entre dichos herederos y Mutual La Primera, conforme consta en el **contrato transaccional** celebrado que cursa a fs. 197-198.

Por ese acuerdo transaccional **se puso fin a las controversias y término a todas las cuestiones** que las partes sosteníamos judicial, extrajudicialmente y las que dependían administrativamente. Además esta señalar que ese Contrato transaccional (cuyo análisis/consideración se soslayo en la Resolución No. 277/2009), **contiene concesiones recíprocas; a saber:**

- Que Mutual La Primera se obligó a dar de baja y por tanto declarar extinguido el saldo Total del Crédito No. 00/34/021616/1. Estipulación cumplida conforme se acredita por el extracto de dicho crédito y el desistimiento del proceso Coactivo que seguimos contra los herederos de Fernando Carvajal Condori.
- Como **contraprestación o concesión recíproca** Salome Limachi Vda de Carvajal y los Herederos de Fernando Carvajal Condori, reconocieron que con la extinción de la obligación o préstamo **no existe ninguna suma de dinero que reclamar a Mutual La Primera, por haberse reparado cualquier daño patrimonial (menoscabo según la Resolución impugnada) que se hubiese producido como consecuencia de las cláusulas de la escritura de préstamo.**
- **Con relación a la restitución de cuotas del préstamo pagadas. También en el ACUERDO TRANSACCIONAL SE HA DIRIMIDO ESE PUNTO**, en virtud a la renuncia expresa formulada por los herederos del Sr. Fernando Carvajal Limachi, conforme consta en el punto 3.3. del contrato transaccional en el que expresamente **que en caso**

**que la Corte Suprema de Justicia determine que la aseguradora Zurich Boliviana de Seguros deba también pagar las cuotas del préstamo desde la fecha de invalidez del prestatario, SOLO ESE MONTO PODRÁ SER RECLAMADO ANTE DICHA ASEGURADORA.**

- Finalmente y a través de dicho acuerdo transaccional, al haber las partes dirimido y solucionado sus diferencias, se obligaron a no presentar ninguna demanda y/o querrela, **ni ejercitar ningún otro tipo de acción (CIVIL, PENAL, ADMINISTRATIVO O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE).**

En la Resolución impugnada y pese a que cursa en los antecedentes que informan el procedimiento administrativo el indicado acuerdo transaccional (fs.. 197-198), **este no ha sido ni siquiera considerado** y como consecuencia se han violado los artículos 945 al 949 del Código Civil.

En todo caso el **referido contrato transaccional, cuya nulidad y anulabilidad además de no haber sido ni poder ser demandada ante esa Autoridad de Supervisión tampoco corresponde su revisión a su competencia;** aún más si dicho Contrato Transaccional conforme a lo dispuesto por el art. 949 del Código Civil **tiene los efectos de la COSA JUZGADA,** siendo así **ES IRREVISABLE, INMODIFICABLE E INIMPUGNABLE.**

Al haberse desconocido el valor probatorio y los efectos de cosa juzgada que tiene el varias veces indicado Acuerdo Transaccional, no solo que la Resolución No. 277/2009 recae sobre cuestiones que han sido dirimidas por las partes, que han sido cumplidas y deben cumplirse necesariamente en los términos que han sido pactado a tiempo de efectuarse las concesiones reciprocas, sino que además desconoce y contra lo acordado transaccionalmente nos ordena una restitución de pagos que no nos corresponde por efectos del contrato transaccional y de otros fundamentos de hecho y de derecho que han sido expuestos y se expondrán en los siguientes puntos.

En efecto, **a cambio de que Mutual La Primera hizo la concesión de declarar extinguida la obligación?** (más allá de los desistimientos y renunciaciones a acciones judiciales, administrativas o extrajudiciales que son intrínsecos a la naturaleza contractual de la transacción)...Sr. Director, **la concesión de contenido patrimonial no fue otra que desistir de las pretensiones de las que derivaron sus discrepancias y, en ese contexto, LOS HEREDEROS DE FERNANDO CARVAJAL CONDORI, a cambio de la concesión hecha por Mutual La Primera (extinguir el crédito) reconocieron que no efectuarían ningún reclamo adicional a Mutual La Primera, entre ellos Las Cuotas pagas del préstamo desde la muerte de aquel, cuyo cobro lo harían a Zurich Boliviana de Seguros S.A. , en caso de que así lo determinara la Corte Suprema de Justicia.**

Por otra parte, cabe puntualizar que lo que ha sido objeto del acuerdo transaccional y los efectos derivados de aquel, **no puede ser revisado, modificado ni interpretado en contra de lo allí estipulado en ningún Procedimiento Administrativo,** pues **ni una sola norma faculta ni da competencias a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero,** para revisar, modificar y menos desconocer un contrato transaccional.

Como advertirá su autoridad, al no haberse considerado en la Resolución No. 277/2009 el contrato transaccional, no solo que se ha dejado de valorar una prueba esencial para determinar **la verdad material** inherente a todo procedimiento administrativo, sino que esa omisión ha dado lugar una decisión contraria al Acuerdo Transaccional, que **pondría en dudas a la propia ASFI en el momento de que se quiera determinar si se aplica la Resolución objeto de la presente impugnación o bien el contrato transaccional** cuyo valor, probatoria y eficacia se encuentra expresamente reconocida por las normas citadas y que mientras no sea declarado Nulo en la vía ordinaria, sigue teniendo plena y absoluta validez.

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a su autoridad, se digne valorar dichas pruebas y a tiempo de resolver el presente recurso tenga presente que

sobre todos los aspectos, que motivaron el reclamo de los herederos del Sr. Carvajal Limachi, las partes hemos llegado a un acuerdo Transaccional, cuyas concesiones reciprocas han puesto fin a las divergencias que se tenían y que el reclamo sobre las cuotas pagadas desde la invalidez del prestatario, deberán ser cobradas a la Aseguradora Zurich La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.

En mérito al Acuerdo Transaccional celebrado en fecha 6 de marzo de 2008 con la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, pedimos a Ud. Revocar la Resolución No. 277/2009, y en consecuencia concluido el Procedimiento Administrativo porque el reclamo de aquellos ya ha sido satisfecho.

## **6. INCOMPETENCIA DE LA ASFI.**

- 6.1. El reclamo presentado por los herederos del Sr. Fernando Carvajal Condori y consiguientemente los aspectos considerados y decididos en la precitada Resolución no corresponden a la ASFI, ni se encuentran comprendidos en el marco de la competencia que de manera expresa se encuentran establecidas en los arts. 153 y 154 de la Ley No. 1488 y art. 1 de la Ley 3076, a lo que se suma la falta de atribuciones y facultades para revisar, modificar y desconocer la eficacia y valor de un contrato transaccional, y, menos para pronunciar resoluciones paralelas y contradictorias a las pronunciadas en la jurisdicción ordinaria.
- 6.2. Conforme se señaló en el punto precedente el reclamo que concluyó con la Resolución ASFI 277/2009 y los aspectos resueltos en esta, son los mismos que a demanda de la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal se encuentran sujetos a decisión de la jurisdicción Ordinaria, dependiendo su decisión final del Auto Supremo que pronuncie la Corte Suprema, actual Tribunal Supremo de Justicia.
- 6.3 Falta de competencia para conocer cuestiones que corresponden a la jurisdicción ordinaria. Entre los mismos sujetos, por la misma causa y con igual objeto que sustentan el reclamo resuelto en la Resolución No. 277/2009, no solo que se ha suscrito el contrato Transaccional referido en el punto anterior, **sino que esa idéntica pretensión ha sido demandada por los herederos de Fernando Carvajal Condori, ante la jurisdicción Civil, encontrándose actualmente el proceso radicado en la Corte Suprema de Justicia.** Más allá de que ese reclamo o controversia ya ha sido objeto de un Acuerdo Transaccional, inmodificable en la vía administrativa por su plena validez y efectos de cosa juzgada, no puede ser dilucidado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), cuya competencia y atribuciones, se encuentran expresamente establecidas en el art. 154 de la Ley 1488, ninguna de cuyas disposiciones le permiten ni facultan para dirimir conflictos cuya decisión corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria civil comercial. En tal virtud, el acto administrativo impugnado carece del requisito esencial para su validez, es decir la competencia, cuya falta se encuentra **sancionada con nulidad** por expresa disposición de los arts. 122 de la Constitución Política del Estado, 28 inc A) y 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

6.4 Nulidad por Falta de competencia para revisar Resoluciones dictadas por la Jurisdicción ordinaria y para revisar contratos Transaccionales. El principio de exclusividad de la función Jurisdiccional, reconocido por el inc. H) del art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, **el Poder Judicial controla la actividad de la Administración Pública**, demás esta señalar a través del proceso contencioso administrativo, **jamás la Administración Pública controla la actividad, Sentencias y Resoluciones del Poder Judicial**, resultando de ello que **cualquier Resolución Administrativa que desconozca y pretenda revisar las Resoluciones del Poder Judicial son nulas de pleno derecho**. Ahora bien, no obstante ser de conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) la existencia del proceso ordinario 'sobre cumplimiento de obligación' seguido ante, el Juzgado Segundo de Partido en lo civil por los reclamantes herederos del Sr. Limachi Condori, se soslayó considerar la demanda, contestación, Sentencia y Auto de Vista, pronunciados en dichos proceso. Como no escapa a su conocimiento la Sentencia y el Auto de Vista, **solo pueden ser modificados** una vez que se resuelva el **Recurso de Casación**, en su caso, a través del **Recurso extraordinario** de Revisión de Sentencia. Al no haberse considerado en la Resolución cuya revocatoria pedimos que las Resoluciones: Sentencia y auto de vista pronunciados en un proceso ordinario, con identidad de sujeto, objeto y causa no pueden ser revisados, desconocidos ni modificados en la vía administrativa, **precisamente porque el Procedimiento Administrativo no prevé la Revisión de Resoluciones Judiciales**, queda demostrado que su autoridad actuó sin tener competencia para revisar fallos judiciales. Al haberse desconocido que entre las mismas partes, por las mismas causas y con idéntico objeto, se tramita un proceso ordinario la Sentencia y Auto de Vista (cuya ejecución se encuentra sujeta a condición suspensiva) pronunciados en dicho proceso **no se encuentran ni pueden estar sometidos al control Administrativo**, por no ser competente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) ni ningún otro órgano de la administración para efectuar esa revisión y menos para desconocer sus efectos, pues la revisión de los fallos dictados por la Jurisdicción Ordinaria no pueden ser revisados sino por el Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la atribución 7 del art. 184 de la Constitución Política del Estado

## **7. INCORRECTA VALORACIÓN DE OTRA PRUEBA**

Pese a que esta incuestionablemente demostrado que el 'Aviso' del siniestro no es aplicable al Seguro de Invalidez Total y Permanente, debemos puntualizar que la Resolución Impugnada efectúa una valoración unilateral y da plena fe a la declaración de los reclamantes sin confrontarlas con los antecedentes que informan el procedimiento Administrativa para encontrar la verdad material, conforme lo determina el art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En efecto, de acuerdo al informe del INSO emitido después de más de tres meses de haber fallecido Fernando Carvajal Condori, la invalidez tiene carácter retroactivo al **mes de abril de 2003 (según el Informe Médico de fs. 125 y 279) y recién el 22 de julio del año 2003**, cuando el prestatario ya había cumplido los 70 años se nos comunica que efectuaría los trámites ante el INSO.

*Esa omisión de aviso oportuno, según la lógica de la Resolución impugnada y que es contraria a las cláusulas Particulares del Seguro de Invalidez, es de única y exclusiva responsabilidad de los prestatarios y en su caso de sus familiares, quienes 'hasta esa fecha habrían ocultado el siniestro sucedido un año anterior.'*

*Cabe aclarar que no existe ningún indicio y menos prueba, vale decir que no se encuentra acreditada la verdad material, respecto de la fecha de la supuesta comunicación al Funcionario Marcelo Rodríguez. De darse crédito solo a las declaraciones y manifestaciones de los clientes, no solo que pondría en riesgo la seguridad jurídica, sino que determinaría que el acto administrativo sea nulo por no reunir los requisitos de validez y eficacia, para cuyo efecto los hechos en que se funda deben estar debidamente o por lo menos razonablemente probados.*

*La única fecha cierta es la de la carta de 22 de julio de 2003, y al haberse comunicado al Seguro la Invalidez y Muerte en octubre del mismo año, tal comunicación fue efectuada dentro del plazo de los 180 días (no tres días) establecido en la cláusula 13 de la Póliza de Seguro de Vida que, como tenemos dicho, ha sido interpretada y aplicada indebidamente ampliándose un plazo de aviso que no corresponde al seguro complementario de Invalidez.*

*Consiguientemente y si se tiene presente que la cobertura del seguro sólo tenía vigencia hasta que el prestatario cumpla 70 años de edad, vale decir hasta el 30 de mayo de 2003, se concluye que la comunicación a la Mutual respecto de una Invalidez (No declarada, ni calificada sino después de la muerte del declarado invalido) efectuada cuando la indicada persona ya no se encontraba amparada por la Póliza de Seguro, fue extemporánea y la circunstancia de que esta no se hubiese puesto en conocimiento o 'Avisado' con anterioridad a la Mutual es consecuencia de la negligencia de los prestatarios y en su caso de sus familiares, quienes tenían pleno conocimiento de las enfermedades del prestatario antes de presentar la carta de 22 de julio de 2003, cuando ya no se encontraba vigente el seguro a favor de Fernando Carvajal.*

*Pedimos a su autoridad que no existiendo ningún indicio ni prueba que acredite 'Que se avisó a la Mutual en el mes de febrero de 2003.' se valore la prueba documental referida, la que nos conduce y muestra que la única verdad material es que ni el fallecido prestatario ni sus familiares nos comunicaron la invalidez en el periodo de vigencia del contrato de seguro, es decir hasta la fecha en que Fernando Carvajal cumplió los 70 años de edad(...)'*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 446/2009 de 27 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009 de 27 de noviembre de 2009 se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009 de 1 de octubre de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

**“...CONSIDERANDO:**

Que, la Póliza de Seguros A0070350, determina las condiciones generales del contrato, las mismas que son de aplicación tanto en el seguro de vida como el de invalidez, así mismo se tienen las condiciones particulares o especiales para cada uno de los riesgos asegurados; en el caso de muerte la póliza señala que se tendrá como plazo máximo 180 días desde el fallecimiento del asegurado, para que la Mutual haga conocer a la compañía sobre el siniestro, y respecto al plazo para invalidez la póliza no señala un plazo máximo para el aviso del siniestro, por lo que a falta de una estipulación contractual se aplica lo señalado por el artículo 1028 del Código de Comercio, que señala que el asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, debe comunicar tal hecho al asegurador; plazo que no fue cumplido por la Mutual y que motivo el rechazo, por parte de la compañía aseguradora, realizado mediante carta PRES/SP129/2004 del 19 de abril de 2004, por ser la comunicación extemporánea.

Que, por lo señalado se ratifica el hecho de que la comunicación de siniestro en caso del seguro de invalidez tiene un plazo para ser comunicado, puesto que de otra forma la compañía no rechazaría el pago del seguro, toda vez que se trata del ejercicio de un derecho, necesariamente debe estar sujeto al cumplimiento de un plazo para la comunicación, otorgando así seguridad jurídica a los involucrados; concluyendo que la Mutual incumplió de dar el aviso necesario a la compañía aseguradora, dentro del plazo establecido por el Código de Comercio.

Que, con relación al Acuerdo Transaccional de fecha 06 de marzo de 2008, suscrito entre los representantes de la Mutual La Primera y los herederos del Señor Carvajal, se debe señalar que, si bien este manifiesta la voluntad de las partes de llegar a un arreglo, la eficacia del mismo está subordinada a lo señalado por la cláusula sexta, que dice: 'Las partes contratantes de común acuerdo subordinan la eficacia del presente Contrato Transaccional a la resolución que pronuncie el fiscal aceptando la conciliación, desistimiento de querrela, y consiguiente extinción de la acción penal, solicitando ante el juez 4to de instrucción en lo Penal Cautelar la aplicación en la vía que corresponda (conciliación) (criterio de oportunidad) (aprobación de desistimiento) quien deberá emitir la resolución jurisdiccional que corresponda, homologando la conciliación, desistimiento y extinción de la acción penal.' Por lo expuesto y de la revisión de los antecedentes se verifico que esta homologación no cursa en el expediente, por lo que la eficacia del acuerdo estaría pendiente de la resolución judicial.

Que, respecto a que no existe ningún indicio menos prueba, respecto a la fecha, de la supuesta comunicación al funcionario Marcelo Rodríguez, la Mutual al mencionar en su Informe de Auditoría Interna N059/07, que cumplió en otorgar información de los trámites a seguir para la obtención del certificado INSO, pone en evidencia que tuvo conocimiento del estado de salud del prestatario en febrero de 2003, por lo que no puede alegar desconocimiento de los hechos.

Que, con relación al proceso judicial de estafa, que actualmente se encuentra pendiente de resolución en la Corte Suprema de Justicia, corresponde señalar que la Superintendencia General del SIREFI mediante Resolución Jerárquica SIREFI-DRJ-002/2C07-EXP.02 de 3 de enero de 2007, dejó claramente establecido que 'la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas) aplicables a las entidades de intermediación financiera, independientemente de si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea'

Que, para ratificar lo expresado en el párrafo precedente y siguiendo los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, 'el ente regulador tiene dentro sus funciones, no solo la aplicación de sanciones, sino también la de adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó. Lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales.'

Que, consecuentemente lo señalado, el delito de estafa, corresponde al ámbito penal, en el cual no se consideran aspectos resueltos por la resolución ASFI 277/2009, tales como o ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria, así como el instruir a la Mutual La Primera restituir los montos cobrados al prestatario y a sus herederos posteriores a la fecha en que tomo conocimiento del siniestro, por lo que el Órgano Regulador tiene la obligación de pronunciarse sobre aspectos administrativos sometidos a su competencia.

Que, respecto a que el seguro de desgravamen hipotecario, en sus coberturas de invalidez total y permanente y de vida, cubre a cada uno de los prestatarios en los porcentajes de 53% para Fernando Carvajal Condori y de 47 % para Salome Limachi de Carvajal, se debe señalar que la resolución ASFI 277/2009 no hace referencia exacta sobre los porcentajes de la cobertura de cada uno de los codeudores, limitándose simplemente a instruir ejecutar (sic) todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria y la restitución de montos cobrados en exceso, lo cual deberá cumplirse en el porcentaje que corresponde al siniestro ocasionado, por lo que en la impugnada resolución ASFI N° 277/2009, no era necesario hacer referencia a los porcentajes de coberturas de cada uno de los codeudores en vista de que simplemente se está tratando del siniestro ocasionado a raíz de la invalidez del señor Fernando Carvajal Condori y no así de la señora Salome Limachi de Carvajal, quien a la fecha no ha denunciado ningún siniestro proveniente de la cobertura que le ampara.

## CONSIDERANDO

Que, por las consideraciones expuestas se tiene que la resolución ASFI 277/2009, realizó un correcto análisis del presente caso, toda vez que de la misma se encuentra orientada a establecer que la Mutua 'La Primera' ha infringido la normativa en actual vigencia.

Que, en más, la familia Carvajal Limachi, mediante memorial de fecha 26 de octubre de 2009, ha señalado que es necesario que la Mutua 'La Primera', cumpla con lo resuelto por la resolución ASFI 277/2009, a fin de que el perjuicio moral y económico no persista de manera indefinida.

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos, mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-61559/2009 de 27 de noviembre de 2009, ha indicado que los argumentos contemplados en el recurso de revocatoria no desvirtúan lo resuelto por la resolución ASFI N° 277/2009 de 01 de octubre de 2009 por lo que se recomienda confirmar la resolución ASFI N° 277/2009 de 01 de octubre de 2009. ..."

## 4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de diciembre de 2009, la **Asociación Mutua de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, argumentado lo siguiente:

**"1. LA RESOLUCIÓN RECURRIDA. CONFIRMA DE MANERA ILEGAL Y CONTRADICTORIA LA RESOLUCIÓN No. 277/2009, NO OBSTANTE DE QUE ACLARA. AFIRMA, ESTABLECE Y CONFIRMA QUE LA LIBERACIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA Y LA RESTITUCIÓN DE MONTOS SOLO DEBE EFECTUARSE EN EL PORCENTAJE (53%) CORRESPONDIENTE A FERNANDO CARVAJAL CONDORI.**

Principio inherente a toda Resolución, sea judicial o administrativa, es el referido al de congruencia que importa el enlace lógico entre el discurso argumentativo expuesto en la parte considerativa y la parte dispositiva del fallo que, como consecuencia de aquel, debe contener disposiciones claras y positivas, debiendo existir entre uno y otro una inmediata y clara correspondencia.

Su autoridad, en la Resolución contra la que interponemos el presente Recurso a tiempo de aclarar su anterior Resolución (No. 277/2009) expresamente afirma y reconoce que **'Se debe señalar que la Resolución ASFI 277/2009 no hace referencia exacta sobre los porcentajes de cobertura de cada uno de los codeudores, limitándose simplemente a instruir ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria y restitución de montos cobrados en exceso, LO CUAL DEBERÁ CUMPLIRSE EN EL PORCENTAJE QUE CORRESPONDE AL SINIESTRO OCASIONADO...EN VISTA DE QUE SE ESTÁ TRATANDO DEL SINIESTRO OCASIONADO A RAIZ DE LA INVALIDEZ DEL SEÑOR FERNANDO CARVAJAL CONDORI Y NO ASÍ DE LA SEÑORA SALOME LIMACHI DE CARVAJAL'**



Sin embargo, al confirmarse la Resolución 277/2009, que dispuso 'la liberación de la operación No. 00-34-02161-6 a la codeudora Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos del Sr. Fernando Carvajal', la parte dispositiva de la Resolución 446/2009 no es congruente ni con el reclamo que dio origen al presente procedimiento menos con los fundamentos de la resolución transcritos precedentemente, pues es contraria y opuesta a la motivación y fundamentación, a la aclaración y declaración por las que afirma y confirma que 'esa liberación y montos cobrados en exceso solo comprende el siniestro del Sr. Fernando Carvajal (53%).

Siendo así no correspondía la confirmatoria total, sino y en lo que al presente punto se refiere debió confirmarse parcialmente y conforme a la valoración y fundamentación realizada por su autoridad revocarse la 'liberación dispuesta' con relación al 47% del crédito correspondiente a Salome Limachi Vda. de Carvajal quien como se establece en la Resolución 446/2009 "a la fecha no ha denunciado ningún siniestro proveniente de la cobertura que le ampara'

Pedimos respetuosamente al superior jerárquico, se digne declarar así y, en consecuencia se Revoque la Resolución recurrida declarándose que el reclamo y los alcances de las Resoluciones dictadas por el Director Ejecutivo de la ASFI, solo comprenden el porcentaje del seguro (53%) del señor Fernando Carvajal Condori.

2. **VIOLACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 1028 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. LAPÓLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO TIENE DOS COBERTURAS O CUBRE DOS RIESGOS: EL DE VIDA Y EL DE INVALIDEZ, CADA UNO DE ELLOSUJETOS A SUS PROPIAS CONDICIONES; NO SIENDO APLICABLE EL PLAZO PARA EL 'AVISO DEL SINIESTRO EN CASO DE MUERTE'AL SEGURO DE INVALIDEZ QUE NO SE ENCUENTRA SUJETO A NINGÚN 'AVISO' NI 'PLAZO'.**

Si bien en la Resolución No. 446/2009 se admite que de acuerdo a la Póliza de Seguro no existe ningún plazo para dar aviso del siniestro y reclamar su pago, en los casos de Invalidez Total y Permanente, como sucedió en el caso de Fernando Carvajal Condori, se afirma que 'a falta de una estipulación contractual se aplica lo señalado en el art. 1028 del Código de Comercio... pues debe dar seguridad jurídica a los involucrados'

Tal interpretación es completamente ilegal, contraria al espíritu de la Ley y a la eficacia del contrato entre las partes contratantes. Ilegal, porque el propio art. 1028 solo prohíbe que se reduzcan los términos señalados en dicho Código; contrario a la ley porque esta no establece ningún plazo para el aviso del siniestro por Invalidez Total y Permanente y, contrario a la póliza de seguro que no contempla aviso de siniestro en caso de invalidez, sino el cumplimiento de que el prestatario-asegurado presente los exámenes médicos.

2.1 En efecto, el seguro de Invalidez Total y Permanente (seguro complementario del de Vida regulado en las Condiciones Generales) **no requiere de ningún AVISO para dar conocimiento del siniestro, pues tal aviso no existe ni ha sido estipulado en ninguno de los 5 artículos de las Condiciones Particulares.** Por el contrario, según este condicionado particular que **prevalece sobre las Condiciones Generales, únicamente se requiere: a) Tener la edad establecida y b) Que la incapacidad sea reconocida por el o los profesionales médicos competentes y sea remitido ese informe de calificación de invalidez al Asegurador.**

2.2 Al haberse interpretado y aplicado incorrectamente y por extensión el art. 13 del

Condicionado General de la Póliza de Seguro sobre el Condicionado Particular, cuyo plazo - reiteramos solo es válido para el caso de muerte- se lo ha hecho desconociendo el contenido, eficacia y efectos de las Condiciones Particulares, creándose un 'plazo de Aviso de Invalidez'**inexistente en el derecho de seguros sobre incapacidad o invalidez e inexistente en las Condiciones Particulares**

- 2.3** Consiguientemente no sólo que no es aplicable el plazo para comunicar el fallecimiento (180 días), ni dar aviso en tres días según el art. 1028 del Código de Comercio, sino y es lo más importante, por la naturaleza del riesgo, la invalidez de acuerdo al contrato de seguros contenido en el Certificado No. A0219643, **no contempla ningún plazo para 'comunicarse' el siniestro por invalidez**, por cuya razón los artículos: 1º (Cobertura) 2º (Definición de Invalidez) y 3º (Justificación de la invalidez), no hacen ninguna referencia al plazo para 'comunicar' la invalidez, **sino únicamente que esta se produzca durante la vigencia del seguro v se presenten los informe médicos requeridos.**
- 2.4** La incorrecta interpretación y aplicación ilegal del artículo 1028 del Código de Comercio, al seguro de invalidez, **pone en riesgo la cobertura de ese seguro de (invalidez)** a favor de nuestros prestatarios, pues el Asegurador podrá invocar su Resolución impugnada para denegar la cobertura y pago del seguro, con el argumento de que 'no se comunicó el siniestro en el plazo de tres días, afectándose además los derechos de los prestatarios que habiendo cumplido únicamente con los informes medico (sic) se beneficiaron con el pago por invalidez, sin que jamás se haya objetado por el Asegurador que debió 'comunicarse el siniestro', antes del informe del 'INSO', y **se afectara también a decenas de prestatarios que tendrían pleno derecho a que el seguro pague la indemnización sin necesidad de ninguna comunicación previa.**
- 2.5** Al interpretarse incorrectamente el clausulado que regula el seguro de invalidez aplicando reiteramos- un inaplicable plazo, no solo que se lo ha hecho sin efectuar la necesaria distinción entre los artículos de la Póliza que regulan el aviso en caso de fallecimiento y aquellos que estipulan el contrato de seguro en caso de invalidez, sino que además y como consecuencia del error en la interpretación de la póliza, se han aplicado indebidamente los artículos 1028 y 1031 del Código de Comercio.
- 2.6** En efecto, el plazo para el aviso de siniestro establecido por el art. 1028 no es aplicable 'si señala otro diferente para seguros específicos'. **En el caso que nos ocupa no existe ningún plazo ni para comunicar ni para solicitar el pago de la indemnización: solo se requiere presentar el informe de calificación de Invalidez.**
- 2.7** Pero no sólo que no existe plazo en la póliza que se encuentra dentro de la conceptualización de 'dar aviso del siniestro de invalidez', sino que aún en el inexistente supuesto de que así fuese, la sola falta de comunicación de un siniestro cualquiera, para que sea rechazado el reclamo, debe tener 'por fin impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro o el de la magnitud de los daños" conforme lo dispone el art. 1030 del Código de Comercio, a lo que se suma el hecho de que la pérdida del derecho a la indemnización solo se da en los casos del art. 1038 de dicho Código, entre los que no se encuentra la pérdida de ese derecho por el solo retraso en la comunicación, como incorrectamente se establece en la Resolución No. 446/2009.
- 2.8** Por lo expuesto pedimos también la revocatoria de la Resolución impugnada, y de

esa manera se dé correcta interpretación y aplicación a las cláusulas de las condiciones particulares que regulan el contrato de Seguro de Invalidez total y permanente y las disposiciones del Código de Comercio.

### **3.PRUDENTE Y CORRECTO MANEJO DEL RIESGO E INEXISTENCIA DE ERROR OPERATIVO.**

Como tenemos señalado, la póliza de Seguro de Invalidez y concretamente las condiciones para reclamar la indemnización por Invalidez, además de corresponder a la naturaleza del riesgo que cubre, resulta innegablemente beneficiosa para nuestros prestatarios, **pues la inexistencia de plazo** para comunicar y para reclamar el pago de la indemnización, permite que esta se efectúe en cualquier momento de vigencia del Seguro.

Consiguientemente, **no existe ningún riesgo** en la administración del Seguro de Invalidez, por el contrario al haber negociado y contratado el referido seguro de Invalidez sin 'plazo de comunicación' y sólo sujeto a la condición de presentarse el dictamen médico se excluyó a favor de nuestros prestatarios cualquier plazo y, siendo así, se eliminó el 'riesgo' establecido en los artículos 1028,1030 y 1038 del Código de Comercio.

Que la empresa aseguradora hubiese rechazado un reclamo concreto, que además se encuentra sujeto al conocimiento de la jurisdicción Civil-Comercial, no da lugar a calificarse que Mutual 'La Primera' hubiese 'incurrido en error operativo', pues en esa lógica toda vez que el Asegurador rechace el pago de una indemnización se trataría de un error operativo, se lo liberaría al Asegurador y se condenaría a la Mutual 'La Primera.'

En todo caso, el error operativo determinado en la Resolución Administrativa, se refiere a la omisión de no dar aviso del siniestro a la Compañía Aseguradora dentro de los tres días'. Tal error operativo-al no existir ningún plazo para dar aviso de la invalidez, no ha existido ni podía existir, salvo que se altere el alcance, y contenido de un seguro: de grupo en vida cuya cobertura es la muerte otro completamente distinto e independiente: De Invalidez total y permanente.

**3.1** Pese a que está incuestionablemente demostrado que el 'Aviso' del siniestro no es aplicable al Seguro de Invalidez Total y Permanente, debemos puntualizar que la Resolución impugnada efectúa una valoración unilateral y da plena fe a la declaración de los reclamantes sin confrontarlas con los antecedentes que informan el procedimiento Administrativo para encontrar la verdad material, conforme lo determina el art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo pues recién el **22 de julio del año 2003**, cuando el prestatario ya había cumplido los 70 años se nos comunicó que efectuaría los trámites ante el INSO.

**3.2** Cabe aclarar que no existe ningún indicio y menos prueba, vale decir que no se encuentra acreditada la verdad material, respecto de la fecha de la supuesta comunicación al Funcionario Marcelo Rodríguez. De darse crédito solo a las declaraciones y manifestaciones de los clientes, no solo que pondría en riesgo la seguridad jurídica, sino que determinaría que el acto administrativo sea nulo por no reunir los requisitos de validez y eficacia, para cuyo efecto los hechos en que se funda deben estar debidamente o por lo menos razonablemente probados.

**3.3** La única fecha cierta es la de la carta de 22 de julio de 2003, consiguientemente y si se tiene presente que la cobertura del seguro solo tenía vigencia hasta que el prestatario cumpla 70 años de edad, vale decir hasta el 30 de mayo de 2003, se

concluye que la comunicación a la Mutual respecto de una Invalidez (No declarada, ni calificada sino después de la muerte del declarado invalido) fue efectuada cuando la indicada persona ya no se encontraba amparada por la Póliza de Seguro.

#### **4.EL CONTRATO TRANSACCIONAL CELEBRADO ENTRE PARTES NO PUEDE SERREVISADO. MODIFICADO NI ANULADO EN LA VIA ADMINISTRATIVA**

- 4.1** Los mismos hechos y las mismas pretensiones que motivaron el reclamo de la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, y los mismos hechos que son considerados y decididos en la Resolución contra la que interponemos el presente Recurso Jerárquico, han sido han sido(sic) resueltos entre dichos herederos y Mutual La Primera, conforme consta en el **contrato transaccional** celebrado que cursa a fs. 197-198.
- 4.2** En virtud del contrato transaccional celebrado con la señora Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, Mutual La Primera declare extinguida la totalidad de la operación crediticia No.00-34-02161-6 y no sólo el 53% que de acuerdo al contrato de préstamo y el contrato de seguro correspondía a Fernando Carvajal Condori, porcentaje que ha sido también expresamente determinado por su autoridad conforme lo tenemos demostrado en el punto anterior.
- 4.3** Más allá de los aspectos de fondo que serán señalados posteriormente, cabe puntualizar que en ningún momento se ha sometido a discusión ante su autoridad la validez legal y eficacia del contrato transaccional, este fue presentado como prueba y nada más, sin que los herederos de Fernando Carvajal Condori ni Mutual La Primera, hubiesen solicitado su reconocimiento o que declare su validez, ineficacia, nulidad o cualquier otro tipo de declaración jurídica que cuestione su calidad de cosa juzgada, peor aún cuando en la resolución recurrida se ignora que la eficacia de dicho acuerdo quedo subordinada únicamente a la Resolución que pronuncie el fiscal aceptando la conciliación, desistimiento de querella y consiguiente extinción de la acción penal, Resolución de Rechazo No. 031/08 de fecha 19 de marzo de 2009, dictada por el Fiscal de Materia Dr. Fernando E. Cortez Flores, que textualmente dispuso: **'Bajo el principio de objetividad que prima en las actuaciones del Ministerio Público y en la solución pacífica del conflicto, las partes suscribieron un acuerdo transaccional, por el cual conciliaron sus interés en conflicto, manifestando su conformidad y el retiro de toda acción actual o futura que pudiera emerger, extremo que demuestra el carácter definitivo de dicho acuerdo. Considerando estos aspectos que hacen y definen al proceso investigativo, sumado a esto el desistimiento y abandono de la querella y de las acusaciones investigadas, el suscrito Fiscal se encuentra imposibilitado de obtener mayores elementos idóneos que permitan fundar una acusaciones más aun tratándose de un delito de carácter patrimonial que ha (sic) sido satisfecha en su totalidad en beneficio de ambas partes'**. Habiendo de esa manera adquirido plena eficacia el Acuerdo Transaccional suscrito con la familia de Fernando Carvajal Condori.
- 4.4** Por ese acuerdo transaccional **se puso fin a las controversias y término a todas las cuestiones** que las partes sosteníamos judicial, extrajudicialmente y las que dependían administrativamente.

Demás esta señalar que ese Contrato transaccional (cuyo análisis consideración se

soslayó en la Resolución No. 446/2009), **contiene concesiones recíprocas**

- 4.5** Al haberse desconocido el valor probatorio y los efectos de cosa juzgada que tiene el varias veces indicado Acuerdo Transaccional, no solo que la Resolución No. 446/2009 recae sobre cuestiones que han sido dirimidas por las partes, que han sido cumplidas y deben cumplirse necesariamente en los términos que han sido pactado(sic.) a tiempo de efectuarse las concesiones recíprocas, sino que además desconoce y contra lo acordado transaccionalmente nos ordena una restitución de pagos que no nos corresponde por efectos del contrato transaccional.
- 4.6** Por otra parte, cabe puntualizar que lo que ha sido objeto del acuerdo transaccional y los efectos derivados de aquel, **no puede ser revisado, modificado ni interpretado en contra de lo allí estipulado en ningún Procedimiento Administrativo**, pues **ni una sola norma faculta ni da competencias a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero**, para revisar, modificar y menos desconocer un contrato transaccional.
- 4.7** Como advertirá su autoridad, al no haberse considerado en la Resolución No. 446/2009 el contrato transaccional, no sólo que se ha dejado de valorar una prueba esencial para determinar **la verdad material** inherente a todo procedimiento administrativo, sino que esa omisión ha dado lugar una decisión contraria al Acuerdo Transaccional, que **pondría en dudas a la propia ASFI en el momento de que se quiera determinar si se aplica la Resolución objeto de la presente impugnación o bien el contrato transaccional** cuyo valor probatorio y eficacia se encuentra expresamente reconocido por las normas citadas y que mientras no sea declarado Nulo en la vía ordinaria, sigue teniendo plena y absoluta validez.
- 4.8** En mérito al Acuerdo Transaccional celebrado en fecha 6 de marzo de 2008 con la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, pedimos Revocar la Resolución No. 446/2009, y en consecuencia dar por concluido el Procedimiento Administrativo porque el reclamo de aquellos ya ha sido satisfecho.

## **5. INCOMPETENCIA DE LA ASFI.**

- 5.1** El reclamo presentado por los herederos del Sr. Fernando Carvajal Condori y consiguientemente los aspectos considerados y decididos en la precitada Resolución no corresponden a la ASFI, ni se encuentran comprendidos en el marco de la competencia que de manera expresa se encuentran establecidas en los arts. 153 y 154 de la Ley No. 1488 y art. 1 de la Ley 3076, a lo que se suma la falta de atribuciones y facultades para revisar, modificar y desconocer la eficacia y valor de un contrato transaccional, y, menos para pronunciar resoluciones paralelas y contradictorias a las pronunciadas en la jurisdicción ordinaria.
- 5.2** Conforme se señaló en el punto precedente el reclamo que concluyó con la Resolución ASFI 277/2009 y los aspectos resueltos en esta, son los mismos que a demanda de la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal se encuentran sujetos a decisión de la jurisdicción Ordinaria, dependiendo su decisión final del Auto Supremo que pronuncie la Corte Suprema, actual Tribunal Supremo de Justicia.

- 5.3** Falta de competencia para conocer cuestiones que corresponden a la jurisdicción ordinaria. Entre los mismos sujetos, por la misma causa y con igual objeto que sustentan el reclamo resuelto en la Resolución No. 277/2009, no sólo que se ha suscrito el contrato Transaccional referido en el punto anterior, **sino que esa idéntica pretensión ha sido demandada por los herederos de Fernando Carvajal Condori, ante la jurisdicción Civil, encontrándose actualmente el proceso radicado en la Corte Suprema de Justicia.** Más allá de que ese reclamo o controversia ya ha sido objeto de un Acuerdo Transaccional, inmodificable en la vía administrativa por su plena validez y efectos de cosa juzgada, no puede ser dilucidado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), cuya competencia y atribuciones, se encuentran expresamente establecidas en el art. 154 de la Ley 1488, ninguna de cuyas disposiciones le permiten ni facultan para dirimir conflictos cuya decisión corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria civil comercial. En tal virtud, el acto administrativo impugnado carece del requisito esencial para su validez, es decir la competencia, cuya falta se encuentra **sancionada con nulidad** por expresa disposición de los arts. 122 de la Constitución Política del Estado, 28 inc. A) y 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- 5.4** Nulidad por Falta de competencia para revisar Resoluciones dictadas por la Jurisdicción ordinaria y para revisar contratos Transaccionales. El principio de exclusividad de la función Jurisdiccional, reconocido por el inc. H) del art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Poder Judicial controla la actividad de la Administración Pública, demás está señalar a través del proceso contencioso administrativo, jamás la Administración Pública controla la actividad, Sentencias y Resoluciones del Poder Judicial, resultado de ello que cualquier Resolución Administrativa que desconozca y pretenda revisar las Resoluciones del **Poder Judicial son nulas de pleno derecho.** Ahora bien, no obstante ser de conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) la existencia del proceso ordinario' sobre cumplimiento de obligación' seguido ante el Juzgado Segundo de Partido en lo civil por los reclamantes herederos del Sr. Limachi Condori, se soslayó considerar la demanda, contestación, Sentencia y Auto de Vista, pronunciados en dicho proceso. Esa Sentencia y el Auto de Vista, **solo pueden ser modificados** una vez que se resuelva el **Recurso de Casación**, en su caso, a través del **Recurso extraordinario** de Revisión de Sentencia. Al no haberse considerado en la Resolución cuya revocatoria pedimos que las Resoluciones: Sentencia y auto de vista pronunciados en un proceso ordinario, con identidad de sujeto, objeto y causa no pueden ser revisados, desconocidos ni modificados en la vía administrativa, **precisamente porque el Procedimiento Administrativo no prevé la Revisión de Resoluciones Judiciales**, queda demostrado que su autoridad actuó sin tener competencia para revisar fallos judiciales. Al haberse desconocido que entre las mismas partes, por las mismas causas y con idéntico objeto, se tramita un proceso ordinario la Sentencia y Auto de Vista (cuya ejecución se encuentra sujeta a condición suspensiva) pronunciados en dicho proceso **no se encuentran ni pueden estar sometidos al control Administrativo**, por no ser competente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) ni ningún otro órgano de la administración para efectuar esa revisión y menos para desconocer sus efectos, pues la revisión de los fallos dictados por la Jurisdicción Ordinaria no pueden ser revisados sino por el Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la atribución 7 del art. 184 de la Constitución Política del Estado.

## **CONCLUSIÓN.**

En mérito a los fundamentos expuestos, hemos demostrado:

1. Que no corresponde a la competencia de la ASFI revisar Resoluciones dictadas en la jurisdicción ordinaria, concretamente la sentencia y Auto de Vista pronunciados en el proceso Civil que siguieron los herederos de Fernando Carvajal Condori.
2. Que tampoco corresponde a la competencia de esa Autoridad revisar, aprobar ni desaprobado el acuerdo transaccional al que llegamos las partes.
3. Que al haberse aplicado e interpretado incorrectamente los arts. 1028 y 1039 del Código de Comercio así como la Póliza de Seguro, se ha impuesto un "plazo de Aviso" inaplicable a los casos de Invalidez Total y Permanente.
4. Y finalmente, al Confirmarse en todas sus partes la Resolución cuya revocatoria solicitamos (277/2009), se lo ha hecho violando el principio de congruencia, pues si la 'ratio' de la Resolución contra la que interponemos el presente Recurso se señala que lo decidido en la anterior Resolución solo comprende el porcentaje del 53% de la cobertura del seguro a favor de Fernando Carvajal, también debió haberse declarado así y de manera expresa en la parte Resolutiva.

En tal virtud, pedimos se tenga por legalmente interpuesto el presente Recurso Jerárquico, y solicitamos al Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se digne REVOCAR la Resolución No. 446/2009, declarándola sin efecto conforme a los fundamentos que hemos expuestos."

## **5. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-**

Mediante memorial presentado el 25 de enero de 2010 la Sra. Ana María Carvajal Limachi presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

### ***(...)OBSERVA IRRELEVANTES FUNDAMENTOS DE MEMORIAL DE RECURSO EXTEMPORÁNEAMENTE INTERPUESTO***

En la eventualidad de que Mutual La Primera hubiese hecho uso oportuno de su derecho a interponer recurso contra Resolución ASFI No. 446/2009 de 27 de noviembre del 2009, llama la atención que la entidad financiera de forma tarde esgrime fundamentos que debería haberlos propuesto años atrás y que ahora con el fin de confundir al Viceministro los vuelve a tratar de poner en consideración, que son los siguientes:

Pretende una contradicción y supuesta confirmación de un porcentaje de la obligación cuando la parte resolutiva de la resolución mencionada establece expresamente en su parte primera 'la liberación de la garantía hipotecaria' y en su parte segunda 'la restitución de los montos cobrados al prestatario y sus herederos posteriores a la fecha en que tomo conocimiento del siniestro', resolución por demás clara que la entidad financiera no quiere entender, menos cumplir por lo tanto invoca supuestas contradicciones.

Mutual La Primera, reclama una indebida aplicación del Código de Comercio y afirma realizar un manejo prudente y correcto del riesgo e inexistencia de error operativo en su entidad, desconociendo su responsabilidad establecida en el artículo 13 de la Póliza de Seguro, en la que tenía calidad de contratante y beneficiaria, por lo tanto principal responsable de dar parte al seguro para que se active el mismo. El incumplimiento del mismo generó el error operativo que pretende desconocer flagrantemente y que ninguna autoridad podrá desconocer. Alega que el Contrato Transaccional celebrado entre partes se estaría revisando, modificando o anulando en la vía administrativa, lo cual es totalmente falso, pese a que la Mutual y la SBEF en su momento no nos hicieron conocer la Resolución administrativa que nos daba la razón y ordenaba a la entidad regulada la liberación de las garantías. Lo cual uso esta entidad financiera a su favor para apurar un Acto jurídico injusto en el que se beneficia ilegalmente debido a que no devuelve hasta el momento los dineros pagados indebidamente realizados por mi persona y hermanos.

Para finalizar y de forma totalmente risible alega incompetencia de la Autoridad de Supervisión financiera en total desconocimiento de toda la normativa financiera aplicable, pareciendo que los ejecutivos de esta entidad pretender seguir viviendo en años pasados donde las autoridades que supervisaban a las entidades financieras eran sus empleados y no hacían respetar la Ley.

Así mismo recordamos que la normativa vigente establecida en el Artículo 59 de la Ley 2341, **establece que la interposición de cualquier recurso no suspende el acto impugnado, por lo que pido que sin mayor demora la Mutual la Primera devuelva los dineros retenidos ilegalmente más intereses v se sancione a la Mutual la Primera de acuerdo a Ley Administrativa**

Que Mediante memorial presentado el 8 de febrero de 2010 la Sra. Ana María Carvajal, presenta los siguientes argumentos referentes al Recurso Jerárquico

***(...) 2do.-*** Dentro del primer punto de este recurso jerárquico señala que no existe congruencia entre la parte considerativa con la parte resolutive, ya que la misma debió señalar que se confirma la Resolución No. 277/2009 en parte, debiendo establecer con precisión los porcentajes.

Sobre este punto señor Viceministro, es necesario señalar a su autoridad que la misma Mutual La Primera, ha aceptado que deberá devolver la totalidad del monto que nuestras personas pagamos de manera ilegal a esta institución financiera, y ahora pretende negar este extremo, queriendo apropiarse de dineros que no le corresponden sabiendo y conociendo del terrible error que han cometido al no dar aviso en término oportuno a la Entidad Aseguradora, por lo tanto no simplemente se deberá ordenar el pago del 53%, si no de la totalidad del dinero pagado por nuestras personas, lo



contrario significaría la comisión del delito de enriquecimiento ilícito por parte de la Mutual La Primera.

**3ro.-** La Mutual La Primera, reclama una indebida aplicación del Código de Comercio y afirma realizar un manejo prudente y correcto del riesgo e inexistencia de error operativo en su entidad, desconociendo su responsabilidad establecida en el Art. 13 de la Póliza de Seguro, en la que tenía calidad de contratante y beneficiaria, por lo tanto el principal responsable de dar parte al seguro para que se active el mismo es La Mutual La Primera, el incumplimiento del mismo género el error operativo que pretende desconocer flagrantemente y que ninguna autoridad podrá desconocer.

También es necesario manifestar que no se puede manifestar que se ha aplicado indebidamente el Art. 1028 del Código de Comercio, ya que declara (sic) esto significaría que la misma Mutual La Primera estaría alegando su propia inmoralidad, ya que nos da a entender que ellos no fijan un plazo para dar aviso al seguro para que esta entidad pague los mismos, entonces estaríamos hablando de un fraude que comete La Mutual La Primera para con las compañías de seguros, desconociendo la Ley y haciendo sus propias reglas para el cobro de los mismos, entonces pretender manifestar que se ha aplicado erróneamente el Art. 1028 del Código de Comercio significa una confesión por parte de la Mutual La Primera de pretender engañar a las entidades aseguradoras.

Finalmente y por regla general del derecho, ante la duda de aplicación de cualquier norma o ante la inexistencia de la misma, se aplica la ley especial, que en este caso sería el Código de Comercio.

**4to.-** También se señala que el contrato transaccional celebrado entre partes se estaría revisando, modificando o anulando en la vía administrativa, lo cual es totalmente falso, pese a que la Mutual y la SBEF en su momento no nos hicieron conocer la Resolución Administrativa que no daba la razón y ordenaba a la entidad regulada la liberación de las garantías, lo cual uso esta entidad financiera a su favor para apurar un acto jurídico injusto en el que se beneficia ilegalmente debido a que no devuelve hasta el momento los dineros pagados indebidamente realizados por mi persona y hermanos.

**5to.-** También la Mutual La Primera, pretende hacer creer a su autoridad que existe una contradicción y supuesta confirmación de un porcentaje de la obligación cuando la parte resolutive de la resolución mencionada establece expresamente en su parte primera 'La Liberación de la garantía hipotecaria' y en su parte segundo (sic) 'la restitución de los montos cobrados al prestatario y sus herederos posteriores a la fecha en que tomo conocimiento del siniestro', y esto sucede porque lo único que pretende lograr esta entidad financiera es apropiarse de dineros que por derecho nos corresponden de manera ilegal, pretendiendo solamente devolver un porcentaje del dinero, cuando ya se ha ordenado la devolución total del mismo.

**6to.-**Finalmente Mutual La Primera alega incompetencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, desconociendo totalmente toda la normativa financiera aplicable, ya que el ASFI se ha cansado de citar un sin número de artículos en los cuales demuestra su competencia para conocer el presente proceso administrativo, pero al parecer Mutual La Primera haciendo caso omiso de los mismos, pretende convencer a su autoridad que estos no existen y en consecuencia que el ASFI es incompetente para conocer el caso(...)"

Que mediante memorial presentado el 8 de febrero de 2010 la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal, presenta los siguientes argumentos:

**(...)1ro.-** Señor Director, la Resolución ASFI No. 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, en su considerando quinto señala:

**'Que la póliza de Seguros A0070350, determina las condiciones generales del contrato; en el caso de muerte la póliza señala que se tendrá como plazo máximo 180 días desde el fallecimiento del asegurado, para que la Mutual haga conocer a la compañía sobre el siniestro, y respecto al plazo para la invalidez la póliza no señala un plazo máximo para el aviso del siniestro, por lo que a falta de una estipulación contractual se aplica lo señalado por el Art. 1028 del Código de Comercio, que señala que el Asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, debe comunicar tal hecho al asegurador; plazo que no fue cumplido por la Mutual y que motivó el rechazo, por parte de la Compañía aseguradora, realizado mediante carta PRES/SP129/2004 del 19 de abril de 2004, por ser la comunicación extemporánea'**

Sobre el particular señor Director, no tengo ningún reclamo, ya que todo lo argumentado es cierto, toda vez que a la Mutual La Primera se le comunico a tiempo la invalidez de mi esposo, pero esta entidad Financiera en vez de comunicar inmediatamente a la Compañía de Seguros simplemente me indico que los herederos se hicieran presentes para poder reprogramar el crédito, lo que no puede ser, nótese ahí como esta Entidad Financiera sin importarle la salud de (sic) fallecido esposo simplemente quería que se le pagara, y ahora de manera sínica pretende querer hacer ingresar en error a su autoridad manifestando que no es de aplicación el Art. 1028 del Código de Comercio porque no se estipulo plazo alguno para que en caso de impedimento se de aviso a la Compañía de Seguros, lo que demuestra que La Mutual La Primera lo único que le importa es el dinero y no asila vida de las personas que se encuentra protegida por la Constitución Política del Estado, y finalmente la ley es clara al establecer que cuando no se haya estipulado plazo y condición de alguna naturaleza es de aplicación la Ley especial, lo cual ahora pretende desconocer esta entidad financiera.

**2do.-** Luego habla del Acuerdo Transaccional de fecha 06 de marzo de 2008, señalando lo siguiente:

**'Por lo expuesto y de la revisión de los antecedentes se verificó que esta homologación no cursa en el expediente, por lo que la eficacia del acuerdo estaría pendiente de la resolución judicial.'** Sobre este particular señor Director, si bien es cierto que existe un supuesto acuerdo transaccional el mismo fue firmado por mi persona bajo mucha presión porque esta entidad Financiera Mutual La Primera, pretendía no devolvemos nada y continuar con el proceso coactivo que había iniciado, ahora bien también se (sic) bien es cierto que ya se ha presentado ante la autoridad judicial, la misma no tiene ningún efecto en este proceso Administrativo ya que ahora mediante esta instancia se está pidiendo la devolución de todos los dineros ilegalmente cobrados por la Mutual La Primera y no porcentajes de ninguna naturaleza.

**3ro.-** Consiguientemente se señala que:

**'Respecto a que no existe ningún indicio menos prueba, respecto a la fecha, de la supuesta comunicación al funcionario Marcelo Rodríguez, La Mutual al mencionar en su informe de Auditoría Interna No. 059/07, que cumplió en otorgar información de los trámites a seguir para la obtención del certificado INSO, pone en evidencia que tuvo conocimiento del estado de salud de prestatario en febrero de 2003, por lo que no puede alegar desconocimiento de los hechos.'**

Sobre este punto, no tengo nada que rebatir, ya que es cierto y evidente que la Mutual La Primera siempre tuvo conocimiento del delicado estado de salud que se encontraba mi esposo, pero sin importarle este extremo ahora lo niega descaradamente al manifestar que ellos no sabían nada, pero gracias a Dios ellos mismo (sic) han confesado este su conocimiento de esta situación, por lo que ahora no se pueden negar de ninguna forma la comunicación al funcionario Marcelo Rodríguez.

**4to.-** Luego esta resolución señala:

**'Respecto a que el seguro de desgravamen hipotecario, en sus coberturas de invalidez total y permanente y de vida, cubre a cada uno de los prestatarios en los porcentajes de 53% para Fernando Carvajal Condori y de 47% para Salome Limachi de Carvajal, se debe señalar que la Resolución ASFI 277/2009, no hace referencia exacta sobre los porcentajes de la cobertura a cada uno de los codeudores, limitándose simplemente a instruir ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria y la restitución de montos cobrados en exceso, lo cual deberá cumplirse en el porcentaje que corresponde al siniestro ocasionado'**

Sobre este tema señor Director, estoy totalmente en desacuerdo, porque no puede ser posible que simplemente se libere el 53% perteneciente a Fernando Carvajal Condori, toda vez que si bien es cierto que el seguro de invalidez cubre a cada uno de los

prestatarios, no es menos cierto que la misma Entidad Financiera Mutual La Primera ha confesado que ha realizado cobros indebidos teniendo conocimiento de la invalidez de mi esposo ahora fallecido y que no pudo(sic) en conocimiento del Seguro a tiempo este extremo, razón por la que la misma Mutual La Primera ha manifestado que procederá al desgravamen hipotecario de la totalidad del porcentaje por su erróneo operar.

También no se puede liberar solamente el 53% ya que esto constituiría un enriquecimiento ilícito por parte de la Mutual La Primera, toda vez que si esto sucediera simplemente se nos devolvería la suma de \$us 4.174.37, sabiendo y conociendo que de manera ilegal, se la ha cancelado la suma de \$us 11.991.87 dinero cobrado vuelvo a repetirlo y no me voy a cansar de hacerlo de manera ilegal, por lo tanto no se puede proceder ni ordenar la liberación del 53% si no de la totalidad del porcentaje y de no hacerlo constituirá la comisión de un delito que deberá ser denunciado ante el Ministerio Público, ya que ahora después de hacerme tanto daño ahora todavía de manera sónica y sinvergüenza pretender quedarse con parte del dinero que me ha sido cobrado de manera ilegal.

**5to.-** Finalmente la Resolución ASFI 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, confirma en todas sus partes la Resolución ASFI 277/2009 de 01 de octubre de 2009, la misma que no cumple con lo establecido por SIREFI, porque nosotros no hemos pedido RESTITUCIÓN de dineros, sino, LA DEVOLUCIÓN desde que mi esposo quedó inválido, pues desde ese momento que mis hijos se han hecho cargo de los pagos mensuales, prestándose de terceras personas con intereses, esperando la recuperación de mi querido esposo, quien al enterarse de la negativa por parte del Seguro sufrió hemorragias intestinales, por lo tanto se deberá ordenar la DEVOLUCIÓN total de todo el dinero que se ha pagado a esta entidad y no la restitución y menos en porcentajes, ya que es un dinero cobrado de manera ilícita desde junio del 2002 hasta el 16 de junio del 2004.

**PETITORIO.-** Por todo lo expuesto, dentro de término hábil y oportuno, al Amparo de los Arts. 36 inc. b), 52 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, concordante con el Art. 66 de la Ley No. 2341 Ley del Procedimiento Administrativo, por el presente me permito interponer Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, que en su parte resolutive resuelve confirmar la Resolución Administrativa ASFI No. 227/2009 de 1 de octubre de 2009, solicitando su autoridad resuelva este recurso en el plazo de 90 días revocando la ya referida Resolución y consecuencia ordene la devolución total de los montos cobrados (sic) mis hijos como sus herederos concretamente en el monto de \$us 11.991.87.-(ONCE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO 87/100 DÓLARES AMERICANOS), más los intereses generados hasta la fecha de su devolución.

**CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por **la Sra. Ana María Carvajal**, en su calidad de **tercera interesada** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

## **1. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS.-**

En primer término corresponde realizar un análisis del procedimiento administrativo, seguido por el recurrente, terceros interesados y la propia instancia administrativa recurrida, y contrastarlos con la normativa aplicable, para determinar su legalidad o determinación de la existencia de vicios procesales, cual se procede a continuación:

### **1.1. Antecedentes.-**

En fecha 1 de octubre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009 misma que determina en primera instancia lo siguiente:

“(…)

1. *Instruir a Mutual La Primera, ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la Liberación de la garantía hipotecaria constituida para la operación 00-34-02161 6, liberando a la señora Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos del Sr. Fernando Carvajal Condori.*
2. *Instruir a la Mutual La Primera restituir los montos cobrados al prestatario y a sus herederos posteriores a la fecha en que tomo conocimiento del siniestro.*
3. *La Resolución debe ser puesta en conocimiento del Directorio de Mutual La Primera, correspondiendo incluir su consideración en la próxima reunión, debiendo entregarse a éste Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas...”.*

Esta Resolución Administrativa, es notificada a las partes el 8 de octubre de 2009.

El 29 de octubre de 2009, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009.

En fecha 25 de noviembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de nota ASFI/DAJ/ R- 60940/2009 solicita información a la Mutual La Primera referida al cumplimiento de la Resolución ASFI N° 277/2009 de fecha 01 de octubre de 2009, **nótese en este punto que la solicitud de la ASFI es hecha 18 días hábiles administrativos de presentado el Recurso de Revocatoria.**

El 27 de noviembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI No. 446, mediante la cual resuelve el Recurso de Revocatoria planteado. Este acto administrativo es notificado a la Mutual La Primera el 4 de diciembre de 2009. Es decir resuelve el caso, sin que se haya cumplido con la obligación que determinaba el acto recurrido.

En fecha 1 de febrero de 2010 a través de nota G.G. N° 265-2010 AL 78/2010 La Mutual La Primera responde e informa a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo siguiente:

*"En cumplimiento a lo dispuesto por ASFI N° 277/2009 y a su ASFI/DAJ/R-69360, adjunto remitimos para su conocimiento unacopia de la resolución de nuestro directorio, a través de la cual y conforme a los términos establecidos en su Resolución 277/2009, se ha autorizado la devolución de \$us. 4.174.34, que corresponde al 53% de los pagos efectuados posteriores a la fecha en que se tomó conocimiento del siniestro y que corresponde al porcentaje de la cobertura del seguro amparaba al prestatario Fernando Carvajal Condori..."*

Asimismo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dando respuesta al requerimiento de certificación instruida por este Ministerio, sobre el cumplimiento de la obligación del acto recurrido, emergente de la denuncia de la Sra. Ana María Carvajal, certifica lo siguiente:

*"Que, el cumplimiento de la obligación impuesta a la Asociación Mutual La Primera mediante Resolución ASFI N° 277/2009 de 01 de octubre de 2009 **se efectivizó en fecha 06 de enero de 2010 a través de la Resolución de Directorio N° 001/2010** por la cual se autoriza la devolución, a los herederos del señor Carvajal la suma de \$us. 417.34"(Negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial jerárquica).*

De lo transcrito precedentemente tenemos que:

- a) La **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** presentó Recurso de Revocatoria ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sin que se haya cumplido previamente la obligación determinada en el acto que recurre.
- b) La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, admite el Recurso sin previa verificación del cumplimiento de la Resolución ASFI N° 277/2009 y finalmente

resuelve el Recurso de Revocatoria(RA ASFI No. 446/2009), sin que se haya cumplido con la obligación.

Que a su vez la Mutual La Primera informa a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en fecha 6 de enero de 2010 a través de Resolución de Directorio N° 001/2010 esta habría dado cumplimiento a la Resolución, sin embargo y de la lectura de la Resolución de Directorio se tiene lo siguiente”

*‘La Resolución N° 277/2009, por la que dispuso e instruyó también’ que se restituyan los montos cobrados al prestatario y a sus herederos posteriores a la fecha en que se tomó conocimiento del siniestro.’ **Que el monto de la restitución ordenada ha sido aclarado por la Resolución ASFI N° 446/2009** al establecer que ‘se debe señalar que la **Resolución ASFI 277/2009 no hace referencia exacta sobre los porcentajes de la cobertura de cada uno de los codeudores, limitándose simplemente a instruir ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria y la restitución de montos cobrados en exceso**, lo cual deberá cumplirse en el porcentaje que corresponde al siniestro ocasionado, en vista de que se está tratando del siniestro ocasionado a raíz de la invalidez del señor Fernando Carvajal Condori y no así de la señora Salomé Limachi Vda. de Carvajal. En consecuencia y a los fines del cumplimiento de las Resoluciones pronunciadas por el Director Ejecutivo de la ASFI y en concordancia con ellas deberá tenerse presente que de los pagos efectuados desde el mes de marzo de 2003 al 16 de junio de 2004 que ascienden a la suma de \$us. 7.876.18, la suma de \$us. 4.174.37 corresponde al 53% de la cobertura de seguro a favor del prestatario Fernando Carvajal, suma ésta última que corresponde ser restituida a sus herederos(...)’*

## **1.2 Del análisis.-**

En base a los antecedentes del proceso, se tiene que:

- A. Tanto la instancia administrativa, como el recurrente no dan cumplimiento a lo establecido en el Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 que determina en su parágrafo I lo siguiente:

*"Los Recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida**, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".* (Negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- B. Que, ni la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera**, solicitó suspensión de ejecución, ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió de oficio la suspensión, por lo cual el cumplimiento de la obligación era de carácter obligatorio, constituyendo un requisito sine qua non para la admisión y correspondiente resolución del Recurso de Revocatoria.
- C. Que, se evidencia que el supuesto cumplimiento de la Resolución ASFI N° 277/2009 de 1 de octubre 2009, se habría efectivizado en fecha posterior a la emisión y notificación de la Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, que Resuelve el Recurso de Revocatoria.
- D. Que, ni la parte recurrente, ni la autoridad administrativa, pueden dejar de cumplir el procedimiento administrativo existente, ya que si hubiera existido ambigüedad para la ejecución de la obligación, la parte tenía el camino de la solicitud de aclaración y complementación del acto administrativo, situación que incluso hubiera suspendido los plazos para la interposición del Recurso de Revocatoria. Asimismo, la parte se encontraba asistida del derecho a solicitar la suspensión del acto, sin embargo no utilizó el camino procesal administrativo que en derecho le asistía. Por su parte la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, si consideraba pertinente podía de oficio determinar la suspensión del acto, situación que tampoco sucedió en el caso de autos.
- E. Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al haber admitido y resuelto el Recurso de Revocatoria sin previamente haber verificado el cumplimiento de la obligación instruida, en la Resolución Administrativa ASFI No. 277/2009, ha viciado el procedimiento administrativo.

Por lo tanto, importa determinar si el vicio detectado, es sujeto de nulidad o anulabilidad, para ello debe desarrollarse ambos institutos y revisar el caso de autos.



## **2. DE LA NULIDAD Y ANULABILIDAD.-**

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, en su Capítulo V refiere a la Nulidad y la Anulabilidad, en sus cuatro artículos (Del 35 al 38), determinando que:

### **“ARTICULO 35°. (Nulidad del Acto).-**

- I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:
  - a)** Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;
  - b)** Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;
  - c)** Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;
  - d)** Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,
  - e)** Cualquier otro establecido expresamente por Ley.*
- II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley.*

### **ARTICULO 36°. (Anulabilidad del Acto).**

- I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.*
- II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*
- IV. Las anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley.*

### **ARTICULO 37°. (Convalidación y Saneamiento).**

- I. Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.*
- II. La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.*

- III. Si la infracción consistiera en la incompetencia jerárquica, la convalidación podrá realizarla el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto.
- IV. Si la infracción consistiese en la falta de alguna autorización, el acto podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de ella por el órgano competente.

**ARTICULO 38°. (Efectos de la Nulidad o Anulabilidad).**

- I. La nulidad o anulabilidad de un acto administrativo, no implicará la nulidad o anulabilidad de los sucesivos en el procedimiento, siempre que sean independientes del primero.
- II. La nulidad o anulabilidad de una parte del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo acto que sean independientes de aquélla."

Ahora bien, siguiendo la doctrina, y en especial a los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en su Libro Curso de Derecho Administrativo, respecto a la nulidad y anulabilidad nos señala que:

*"... Los dos tipos de categorías básicas a analizar ... son la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, y la anulabilidad o nulidad relativa.*

*Se dice de un acto o negocio que es nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece ab initio de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación.*

*... La anulabilidad o nulidad relativa tiene, por el contrario, unos efectos mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos el o los afectados por un acto anulable y sólo ellos pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado. El ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio. Por otra parte, el vicio es convalidable por el autor del acto aun antes de que transcurra ese plazo o se preste ese consentimiento, sin más que subsanar la infracción legal cometida."*

El Tratadista Francesco Carnelutti, en su Libro Instituciones de Derecho Procesal Civil, determina sobre la diferenciación entre Nulidad de pleno derecho y Nulidad Relativa que:

*"...el acto relativamente nulo no es, como el acto absolutamente nulo, de tal índole que no produzca nunca efecto alguno, sino de tal naturaleza que puede producirlo cuando se realice una determinada condición; en otras palabras, a diferencia de la nulidad absoluta, la nulidad relativa significa eficacia del acto*

*sujeta a condición constituida por el evento que sane el vicio. Esa condición es suspensiva, y en ello consiste la nulidad del acto, aunque sea relativa; si a causa del vicio la condición no se realiza, el acto nullumproduciteffectum”*

Es así que queda claro, que la Nulidad de pleno derecho no permite la convalidación o saneamiento, como presupuesto esencial de la Nulidad Relativa o Anulabilidad, ya que la misma es ineficaz y no produce efectos jurídicos, es decir no nació a la vida del derecho.

Ahora bien, para poder determinar si el vicio cometido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el caso de autos, acarrea la Nulidad o la Anulabilidad, corresponde en primera instancia revisar la normativa aplicable, es así que conforme se transcribió en líneas precedentes, el Capítulo V determina dos categorías de actos que afectan su validez, el primero (Artículo 35) Actos Nulos de pleno derecho y el segundo (Artículo 36) Actos anulables que permiten la convalidación o saneamiento.

Para el caso de Autos, y respecto a la Nulidad, revisados los casos aplicables a la Nulidad de Pleno derecho, tenemos que tanto, los incisos a), b), d) y e), no son aplicables al no relacionarse con el vicio detectado, sin embargo importará revisar el inciso c), referente a la aplicación de nulidad si el acto administrativo hubiese sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Es así que, la implícita admisión del Recurso de Revocatoria y su consiguiente Resolución a través de acto administrativo (Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009), determinan que dichos actos se encuentran viciados de infracción jurídica, al haber sido procesados sin el requisito previo para su procesamiento, cual es el cumplimiento de la obligación determinada en la Resolución Administrativa recurrida. Sin embargo, se debe analizar, los otros requisitos para su formación establecidos en la normativa administrativa, cual son entre otros:

- a) Competencia.-** La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es la llamada por Ley para conocer los Recursos de Revocatoria interpuestos contra actos definitivos emitidos por dicha autoridad.
- b) Plazo.-** Para la interposición del Recurso de Revocatoria, se cuenta con plazo de quince días hábiles administrativos establecido artículo 48 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. Plazo que conforme al expediente administrativo, ha sido cumplido.
- c) Personería.-** Para la interposición de los Recursos de Revocatoria, el recurrente si es persona jurídica debe acreditar, personería, situación a su vez cumplida por la Mutual La Primera.

Como se puede advertir, que la infracción jurídica que vicia el procedimiento no ha sido emitida con olvido total del procedimiento legalmente establecido.

Sobre el particular, y siguiendo a los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, que señalan:

*“Este olvido total y absoluto del procedimiento establecido no hay que identificarlo, sin embargo, con la ausencia de todo procedimiento. Ello significaría reducir a la nada el tipo legal, ya que, aunque solo sea por exigencias derivadas de la organización siempre hay unas ciertas formas, un cierto iter procedimental, por rudimentario que sea, en el actuar de los órganos administrativos.*

*La expresión legal hay que referirla, pues, **a la omisión de los trámites esenciales integrantes** de un procedimiento determinado, sin los cuales ese concreto procedimiento es inidentificable (Sentencias de 10 de mayo de 1969 —«incumplimiento de un trámite esencial»—; 30 de septiembre de 1970 su falta total o menguada observancia»—; 13 de marzo de 1971 —a la omisión del procedimiento «debe equipararse un aparente cumplimiento que merezca igual calificación que la omisión—, 26 de enero de 1994, 21 de mayo de 1997, etc.)*

*El propio ordenamiento positivo marca con claridad la pauta interpretativa en algún caso. Así, por ejemplo, en materia de expropiación forzosa el incumplimiento de «los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito» priva a la Administración de sus privilegios habituales, pudiendo el particular despojado solicitar el amparo de los Tribunales ordinarios a través de la vía interdictal (art. 125 LEF), **mientras que cualquier o infracción procedimental aislada, aunque sea importante, no produce tan radical efecto, sirviendo solo para apoyar en vía de recurso la pretensión anulatoria** (art. 126.3 de la misma Ley). El mismo criterio se mantiene con carácter general en relación a toda clase de procedimientos, en la Sentencia de 27 de mayo de 1975. Una aplicación reciente del mismo, particularmente enérgica, puede verse en la Sentencia de 15 de junio de 1994...” (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Ahora bien, corresponde revisar la determinación de nuestra economía jurídica administrativa, respecto a la anulabilidad o nulidad relativa, para ello importará revisar el artículo 36, en su párrafo II, que determina que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En primer término, habrá que diferenciar si el requisito para la admisión, referente al cumplimiento de la obligación establecida en el acto recurrido es de forma o es un requisito de fondo.

Para ello, se cita al tratadista Francesco Carnelutti, en su Libro Instituciones de Derecho Procesal Civil, determina sobre la Nulidad Relativa que:

*“La distinción entre los requisitos necesarios y útiles y, de rechazo, entre vicios*

*esenciales y no esenciales, responde a la tendencia de reducir al mínimo la pérdida en que se concreta la consecuencia negativa de la desviación jurídica...La experiencia demuestra que existen actos que, aun cuando presenten vicios esenciales, no se consideran, sin embargo, como actos inútiles, sino que, por el contrario, pueden, en ciertas condiciones, alcanzar su finalidad...*

*... En todo acto existen requisitos necesarios, porque sin ellos no puede lograr su finalidad y existen, en cambio, requisitos simplemente útiles; los primeros son aquellos cuya falta ocasiona la nulidad del acto."*

Por otra parte y siguiendo a Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su libro " Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II, referente a los Vicios de Forma o de procedimiento del Acto Administrativo, señala que:

*"El principio de legalidad de la actividad administrativa se garantiza, en cuanto a la formación de sus decisiones, en el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece, a diferencia de los rectores de la actividad privada, a que a la administración le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad y para estos efectos debe necesariamente sujetarse a reglas de comportamiento determinadas con anterioridad en la Constitución o la Ley.*

*Según esto, los actos administrativos deben formarse de necesidad, cumpliendo previamente los procedimientos legalmente establecidos. La observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es el instrumento para asegurar la certeza en el actuar de la administración y, por otra parte, garantizar los derechos de los asociados..."*

El profesor Santofimio, a su vez citando al esquema doctrinal que se aplica en Colombia, señala que '*... es innegable que el ritual o formalismo instituido para la expedición de determinados actos, es condición para su propia validez. Por ello, justamente, la omisión de tales exigencias rituales o de expedición del acto 'en forma irregular' [...] está consagrado como causal de nulidad...". Las formalidades, indica el Consejo, tienen por objeto, ante todo, "... garantizar la legalidad y corrección en la actividad administrativa [...] impedir que se cause lesión alguna a derechos o intereses legalmente protegidos..."*

Siguiendo a dicho autor, éste determina que la configuración del vicio de forma, debe encontrarse contextualizado en la finalidad del procedimiento administrativo, es así que los defectos de forma, viciarán la validez de los actos administrativos, conforme a su trascendencia, es decir, sólo se podrá determinar su anulabilidad cuando se desconozcan requisitos formales indispensables para lograr su fin o en su defecto genere indefensión, conceptos concordantes con las determinaciones de la Ley de Procedimiento Administrativo Ley No. 2341 (Art. 36 Paragr. II).

Santofimio, llega a la conclusión, en base a la jurisprudencia y doctrina colombiana, que la clasificación de los vicios de forma se divide en dos los sustanciales y los accidentales, debido a que no toda anormalidad formal o procedimental constituye factor de irregularidad del acto administrativo. Los primeros denominados como vicios de forma sustanciales, mismos que son considerados como tales debido a que se estructuran sobre requisitos indispensables para el resultado final del acto o sobre las garantías consagradas en defensa de los particulares en general; agregándose a lo anterior la violación de los requerimientos indicados expresamente en la ley como indispensables para la producción del acto, y cuya omisión o transgresión ocasiona la nulidad de la actuación. Los vicios de forma de naturaleza accidental, son aquellos de menor entidad, que no acarrearán la nulidad del acto. Son todas aquellas omisiones de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo incumplimiento no podría, en la realidad fáctica, alterar en manera alguna algunas garantías de los administrados.

Siguiendo la misma línea de razonamiento el Catedrático Eduardo García de Enterría, señala que el vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración. Por lo tanto, y siguiendo al mismo autor, el vicio de forma no es sino una presunción de ilegalidad del acto a que afecta, presunción que solo puede prevalecer cuando no sea posible probar la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de este respecto del defecto formal advertido.

Para la determinación del relieve fundamental o la condición que expresa la normativa (Párr. II Art. 36 LPA), respecto a que el acto carezca de requisitos formales indispensables para alcanzar el fin, se deberá previamente revisar la importancia que ofrece el vicio cometido, las repercusiones para el recurrente, los terceros interesados y la propia Administración, permitiendo de esta manera poder confirmar si la omisión cometida debe invalidarse declarando su Anulabilidad, o en su defecto, ha sido convalidada o saneada a tiempo de su valoración.

Por lo que, corresponde citar a la doctrina, y en especial a los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes categóricamente y siguiendo la normativa administrativa de su país (similar a la nuestra) se han pronunciado sobre el particular, expresando que para poder determinar la repercusión del acto cometido en infracción, se debe tomar en cuenta la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y pondera *“sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido”* (Sentencia de 6 de noviembre de 1963).

Para este efecto se plantean dos hipótesis que corresponden ser desarrolladas y aplicarlas al caso de autos:

**Primera Hipótesis** *“Aunque no hubiera existido el defecto formal la decisión de fondo hubiera sido la misma”*

**Segunda Hipótesis** *“El vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que esta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal. En esta hipótesis cabe distinguir tres supuestos:*

- a) La decisión de fondo es correcta.
- b) La decisión de fondo es incorrecta. Coexistiendo dos vicios, el formal y el de fondo.
- c) No es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no. En este caso, anotan porque precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada.

Conforme se aprecia de la determinación dada por el propio Artículo 47 parágrafo I del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, para la admisión del Recurso de Revocatoria constituía requisito fundamental, el cumplimiento de la obligación dada en el acto administrativo recurrido, por lo tanto a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, y advertido de dicho incumplimiento por parte del recurrente, la Autoridad Fiscalizadora debió resolver el Recurso de Revocatoria **declarando improcedente** el mismo, conforme se tiene en la propia normativa administrativa (Art. 43 inc, d) RLPA) y los precedentes administrativos y no así pronunciarse sobre los fundamentos alegados por el recurrente cual ocurrió en el caso de autos. Por lo tanto la decisión misma del acto administrativo es incorrecta.

Asimismo, importa revisar, cuáles han sido las repercusiones de dicha determinación, cual se procede a continuación:

El recurrente, se ha visto beneficiado al no habersele exigido el cumplimiento de la obligación, pese a ser un requisito para la admisión del Recurso de Revocatoria planteado, aclarando que dicha situación tampoco lo libera de la obligación que tenía el mismo de dar cumplimiento a la normativa. Finalmente se puede señalar que no se ha dejado al recurrente en estado de indefensión.

Los terceros interesados, **Salomé Limachi Vda. de Carvajal, Ana María Carvajal Limachi, Diego Freddy Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Soledad Carvajal Limachi**, en contrario sensu a lo ocurrido en el caso del recurrente, son los directamente afectados por el no cumplimiento de la obligación determinada en la Resolución Administrativa recurrida, dejando a los mismos en estado de indefensión, quienes se han visto desprovistos de la ejecutorabilidad del cumplimiento de la obligación, al verse privado de la restitución ordenada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a favor de ellos.

El estado de indefensión de los terceros interesados ha sido permanente, evidenciándose en el expediente administrativo, que los mismos han presentado ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en reiteradas oportunidades y de forma expresa solicitudes para el cumplimiento de la obligación determinada en la

Resolución Administrativa ASFI No. 277/2009, sin embargo pese a dichos requerimientos la Autoridad Fiscalizadora, haciendo caso omiso y preocupante no tomó en cuenta dichos reclamos y procedió a la resolución del Recurso de Revocatoria, en incumplimiento a la normativa.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados por la definición final de la Autoridad, quien debió haber declarado la improcedencia, y en su debida oportunidad ejecutar su propia determinación.

Que, la normativa expresamente señala que con la interposición del Recurso de Revocatoria, (Art. 47 RLPA), no se suspende la ejecución del acto recurrido, sino por el contrario aplica el efecto devolutivo, por lo tanto la eficacia del acto administrativo no puede ser afectada, como ha ocurrido en el caso de autos.

Es así que conforme se desarrolló, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha regido sus actos en sujeción a los principios de legalidad y sometimiento pleno de la Ley, afectando con su acto además a los terceros interesados, quienes como se señaló han reaccionado contra el mismo, pidiendo en reiteradas oportunidades a la Autoridad Fiscalizadora su regularización, sin embargo pese a dichas solicitudes, la ASFI ha emitido Resolución Administrativa resolviendo el recurso de revocatoria, sin que se haya cumplido con uno de los requisitos fundamentales cual era el cumplimiento de la obligación determinada en el acto administrativo recurrido, generando esta infracción jurídica indiscutiblemente que el acto se encuentre viciado de anulabilidad al haber adquirido especial trascendencia en la garantía del debido proceso, seguridad jurídica, incidiendo en el fondo de la resolución administrativa, en perjuicio del tercero interesado y de la propia administración.

Que, en base a criterios de razonabilidad y tomando en cuenta los criterios doctrinarios y la propia normativa administrativa se llega a las siguientes conclusiones: La omisión del requisito de forma para la admisión del Recurso de Revocatoria correspondiente al cumplimiento de la obligación determinada en el acto administrativo recurrido, da lugar a la anulabilidad del acto administrativo.

Lo dicho ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0908/2005-R que refiere que:

*"...el principio de legalidad en el ámbito administrativa, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa;*

*en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art 4 inc. c) de la ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno*



a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; (...)"

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede abstraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetarse su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: *1 La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley.*"

### **3. DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS, RECURSOS Y ALEGATOS PRESENTADOS.-**

Si bien, y conforme se apreció del numeral anterior, corresponde declarar la anulabilidad del acto administrativo, debido a la infracción jurídica por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sin embargo dentro del marco del cumplimiento del debido proceso y tomando en cuenta el **principio de economía procesal**, importa el pronunciamiento de esta instancia jerárquica, en líneas generales sobre temas del fondo del proceso administrativo instaurado contra **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera**, a efectos de que no se repita el procedimiento con mayores infracciones, tomando en cuenta la decisión final a la que arribo dicha Autoridad.

Es así que esta instancia jerárquica se pronunciará de forma genérica sobre conformidad o disconformidad sustancial de los actos administrativos con el ordenamiento jurídico y de esta manera cumplir con el señalado principio de economía procesal, que se encuentra fundamentado en los criterios de celeridad y eficacia.

Es así que tenemos:

**3.1.** De la revisión del expediente administrativo, se tiene que en la parte argumentativa de la Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a Fs.342 del expediente administrativo determinó lo siguiente:

*"...Respecto a que el seguro de desgravamen hipotecario, en sus coberturas de invalidez total y permanente y de vida, cubre a cada uno de los prestatarios en los porcentajes de 53% para Fernando Carvajal Condori y de 47 % para Salome Limachi de Carvajal, se debe señalar que la resolución ASFI 277/2009 no hace referencia exacta sobre los porcentajes de la cobertura de cada uno de los codeudores, limitándose simplemente a instruir ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria y la restitución de montos cobrados en exceso, lo cual deberá cumplirse en el porcentaje que corresponde al siniestro ocasionado, por lo que en la impugnada resolución ASFI N° 277/2009, no era necesario hacer referencia a los porcentajes de coberturas de cada uno de los codeudores en vista de que simplemente se está tratando del siniestro ocasionado a raíz de la invalidez del señor Fernando Carvajal*

*Condori y no así de la señora Salome Limachi de Carvajal, quien a la fecha no ha denunciado ningún siniestro proveniente de la cobertura que le ampara...”*

De lo analizado se puede evidenciar que la primera resolución que determina la obligación de restituir los montos cobrados al prestatario y a sus herederos (Resolución Administrativa N° 277/2009) no hace mención al porcentaje que tendría que ser cubierto por la Mutual de Ahorro y Préstamo La Primera, más bien determina a Fs. 329 “Que, la Mutual La Primera además de liberar la garantía hipotecaria debe restituir los montos de dinero cobrados a los herederos del señor Fernando Carvajal Condori, posteriores a la fecha en que tomo conocimiento del siniestro...” sin especificar porcentaje alguno, lo que daría a entender que la restitución correspondía a un cien por ciento (100%) de los montos pagados por los herederos.

Dicho esto se tiene que la parte argumentativa y la parte resolutive de la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria no tienen coherencia ya que no debemos olvidar que la RA 277/2009, la ASFI resuelve restituir los montos de dinero cobrados a los herederos del señor Fernando Carvajal Condori, sin la determinación de porcentajes, sin embargo la RA 446/2009, determinó en su **parte argumentativa** porcentajes específicos de reposición correspondientes a la deuda del señor Carvajal, sin embargo y pese a ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, olvidándose del procedimiento administrativo confirma en todas sus partes la Resolución, cuando la misma está siendo modificada **en la parte esencial**, situación que transgrede el principio de congruencia y legalidad, donde la motivación expresada por la administración, debe estar íntimamente ligada a la decisión adoptada y en estricta sujeción a la normativa.

Que el principio de congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

*“... **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**”.* (Negritas 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**". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha.

Por lo expuesto, si tal modificación es la correcta, lo que hubiera correspondido es la Confirmatoria Parcial y no así una modificación de la determinación de la Administración, vía la parte argumentativa, conforme determina el Artículo 43 párrafo I del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 que determina que las Resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos, **parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.**

Sin perjuicio de ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe a su vez realizar un análisis sucinto de la Póliza de Seguros y sus alcances, para luego de ello determinar la correspondencia o no de los porcentajes que aseveran son los que corresponde restituir, debiendo para ello emitir la fundamentación que respalde su definición.

### **3.2. De Acuerdo Transaccional.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite el pronunciamiento respecto a lo alegado por el recurrente sobre el Acuerdo transaccional, en razón de que existiría una Resolución de Rechazo N° 031/08 de fecha 19 de marzo 2009, dictada por el Fiscal de Materia Dr. Fernando E. Cortes Flores.

Aspecto que tendrá que ser verificado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en razón a que en los antecedentes remitidos a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no cursa dicha Resolución, por lo que su valoración bajo el principio de verdad material, deberá a su vez ser tomada en cuenta.

Asimismo se deberá considerar lo determinado el Código de Procedimiento Penal, tomando en cuenta que aún en el caso que el contrato Transaccional no haya sido homologado ante un juez, no significa y no quiere decir que este carezca validez, por lo que la Autoridad deberá revisar la normativa aplicable y motivar su determinación.

Finalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá fundamentar cada argumentación presentada por las partes respecto al Acuerdo Transaccional.

### **3.3. De la búsqueda de la verdad material respecto a las pretensiones de las partes.-**

Sobre el particular, corresponde citar lo señalado por Julio R. Comadira en su Libro Derecho Administrativo – Procedimientos Administrativos:

*“...El procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la **verdad material**, de la realidad y sus circunstancias tal cuál aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y en su caso, probadas por las partes (Escola, Tratado General...).*

*...En el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial civil, el órgano estatal no tiene por misión resolver un conflicto entre partes, motivo por el cual las limitaciones que a la potestad jurisdiccional del juez le impone el accionar procesal de aquéllas no resultan aplicables al Órgano administrativo”(Pedro J. Bartolino).*

*Éste debe, por ende, adecuar su accionar a la verdad jurídica objetiva y superar, incluso con su actuación oficiosa, las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad Jurídica meramente formal presentada por las partes, deliberadamente o no”.*

Por lo que, bajo el principio de verdad material, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones de los recurrentes, e incluso aquellas que requieran pronunciamiento pese a no haber sido alegadas o probadas por los interesados, debiendo la Administración investigarlos, conocerlos y resolver conforme a derecho.

Finalmente, debe considerarse los aspectos que hacen al seguro, la fecha de invalidez, su retroactividad o no, la fecha de comunicación, la fecha de aviso a la Entidad Aseguradora, etc., mismos que deberán ser considerados por la Autoridad de Supervisión Financiera.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, la tercera interesada Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal y la Sra. Ana María Carvajal a tiempo de presentar sus alegatos, reclaman por la restitución de los dineros, y no así la devolución, solicitando además los intereses que se generen hasta la fecha de su devolución.

Que, según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas en cuanto a la Devolución refiere “**Restitución, Reintegro Rechazamiento, por no admitir o no aceptar (...)**” y en cuanto a la **Restitución** refiere “*devolución de una cosa, reintegro de lo robado. restablecimiento, , retorno al punto de partida(...)*”

Que, por lo dicho precedentemente se tiene que tanto la devolución de dineros solicitada por los terceros interesados así como la Restitución de dineros ordenada por

la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero significa lo mismo siendo un sinónimo de reposición la devolución.

Que, en cuanto a los intereses solicitados se tiene que ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ni este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas tienen competencia para dirimir ni establecer daños civiles emergentes o intereses, por lo cual las terceras interesadas, deberán acudir a la Autoridad llamada por Ley, para su resarcimiento.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 44, con relación al Artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Anular el Procedimiento Administrativo hasta la notificación de la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2009 de 1 de octubre de 2009 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificar a las partes en el plazo de cinco días hábiles administrativos de conocida la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** A tiempo de resolver los Recursos de Revocatoria si estos se presentasen, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá tomar en cuenta los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**

**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





## **RECURRENTE**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**AP/DJ N° 40/2010 DE 01 DE MARZO DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2010 DE 14 DE JUNIO DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA TOTALMENTE**





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2010**

La Paz, 14 de junio de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N°40-2010 de 1 de marzo de 2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 230-2009 de 11 de diciembre de 2009, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°028/2010 de 26 de mayo de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 18 de marzo de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente General Sr. Julio Vargas León tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N°40-2010 de 1 de marzo de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N°230-2009 de 11 de diciembre de 2009.

Que, en fecha 23 de marzo de 2010, mediante nota AP/DJ/795/2009(sic) la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N°40-2010 de 1 de marzo de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 25 de marzo de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, mismo que fue notificado el 29 de marzo de 2010.

Que, el 1 de abril de 2010, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 230-2009 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009.-**

Que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 230-2009 de 11 de diciembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve:

*“**PRIMERO.-** Sanciona y Desestima Sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

- a) *En relación a los CARGOS N° 1, 2 y 5 se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5001 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al numeral 2 del Artículo Décimo Cuarto del ‘Manual de Procedimiento de Trámites de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la Mora del*

Empleador, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006.

b) En relación a los CARGOS N° 3, 4 y 6 se desestima la sanción.

**SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

**II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

**TERCERO.- I.** En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP debe:

- a) Calcular el monto de Recargo correspondiente al Afiliado Bernardo Nina Quispe. La fecha de cálculo del Recargo corresponderá al quinto día hábil administrativo de notificado con la presente Resolución Administrativa.
- b) Convertir a UFV el monto en Bolivianos pagado a la AFP el 22 de agosto de 2008, por la Empresa Constructora Concordia S.A. por concepto de Recargo, utilizando el tipo de cambio a esa fecha, publicado por el Banco Central de Bolivia.
- c) La diferencia de los montos obtenidos en el inciso a) y el inciso b) anteriores, debe ser transferida a la Entidad Aseguradora que corresponda en Bolivianos, utilizando el tipo de cambio a fecha de transferencia. Dicho monto será financiado por la AFP con sus propios recursos.

**II.** En el plazo establecido en el párrafo I., la AFP deberá transferir a la Entidad Aseguradora que corresponda, el Capital Acumulado del Afiliado a fecha de transferencia, descontando las Cotizaciones Adicionales y Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales y remitir el expediente completo a la Entidad Aseguradora que corresponda para el pago respectivo.

**CUARTO.-** En el plazo establecido en el artículo TERCERO de la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá reponer con recursos propios a los Derechohabientes con derecho a Pensión en los porcentajes de asignación que correspondan, los intereses generados por las pensiones no pagadas desde la

*fecha que la Empresa Constructora Concordia S.A. efectuó el pago del Recargo hasta la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

*La tasa de interés aplicable sobre el monto total de la Pensión, será la que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los fondos y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor publicada por el Banco Central de Bolivia."*

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 2 de febrero de 2010 **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 230-2009 de 11 de diciembre de 2009, mismo que no fue considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ya que el mismo hubiera sido presentado fuera de plazo.

## **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 40-2010 DE 1 DE MARZO DE 2010.-**

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 40-2010 de 1 de marzo de 2010 se declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 230-2009 de 11 de diciembre de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

### **"CONSIDERANDO:**

*Que por memorial de 01 de febrero de 2010, recibido en fecha 02 de febrero de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso de Revocatoria contra la R.A. 230-2009 donde expresa los fundamentos que motivan su petitorio.*

*Que al respecto, se debe señalar que el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, en sus artículos 46 y 48 señalan que el Recurso de Revocatoria debe ser interpuesto ante la misma Autoridad Reguladora que dictó la Resolución Administrativa recurrible, dentro del plazo de quince(15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la misma.*

*Que, conforme lo dispuesto por el artículo 32 del cuerpo normativo antes citado, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Autoridades Reguladoras, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.*

*Que ante la no comparecencia de Futuro de Bolivia AFP S.A. para notificarse con la R.A. 230-2009 tal como se puede evidenciar en la segunda citación AP/DJ/1884/2009, de fecha 29 de diciembre de 2009, el artículo 26 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, dispone que se la tendrá por notificada.*

Que en el presente caso se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. AFP, presentó el Recurso de Revocatoria ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.-AP, fuera del plazo señalado en el Artículo 48, pues la interposición del Recurso se efectuó el 02 de febrero de 2010, es decir a los dieciocho (18) días hábiles administrativos de vencido el plazo de la notificación con la segunda citación.

Que el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Decreto Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo, establece que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes cuando el recurso hubiera interpuesto fuera del plazo señalado.

Que de la correcta aplicación del precepto transcrito se tiene que toda vez que no se dio cumplimiento al plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria, esta Autoridad se encuentra imposibilitada de conocer y resolver el Recurso interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

#### **CONSIDERANDO:**

Que el artículo 61 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, la Autoridad Reguladora llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha interpuesto dicho Recurso en el plazo establecido. En consecuencia, la impugnación presentada por la parte Recurrente resulta ser improcedente, en el marco del inc. d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica '...d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado.'

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 18 de marzo de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones presenta** Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N°40-2010 de 1 de marzo de 2010 argumentado lo siguiente:

##### **"I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Nota AP/DJ/1357/2009 emitida el 16 de noviembre de 2009, la AP emitió Nota de Cargos, la misma que fue notificada a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones el 19 de noviembre de 2009.
2. Nuestra AFP remitió descargos el 26 de noviembre de 2009, por nota FUT.AP.BEN 1979/2009.
3. La AP emite la R.A. 230-2009, mediante la cual se imponen sanciones a la AFP.

4. Que mediante Nota AP/DJ/1657/2009 de 11 de diciembre de 2009, la AP cita a la AFP Futuro de Bolivia S.A. para que nos notifiquemos con la R.A. 230-2009.
5. En fecha 29 de diciembre de 2009, se emite una segunda citación a la AFP Futuro de Bolivia S.A. (Nota AP/DJ/1884/2009) para que se notifique con la R.A.230-2009.
6. En vista que la R.A. no se nos notifica en nuestro domicilio, en fecha 11 de enero de 2009 nuestro representante se apersona a la AP, momento en el cual se le notifica ilegalmente con la R.A. 230-2009.
7. Posteriormente y luego de que nuestra AFP interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A. 230-2009, somos notificados con la Resolución Administrativa/AP/DJ/No. 40-2010 de 1 de marzo de 2010 que declara improcedente nuestro Recurso de Revocatoria, alegando que habríamos presentado el Recurso '...a los dieciocho (18) días hábiles administrativos de vencido el plazo de la notificación con la segunda citación.'(sic)

## **II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL PRESENTE RECURSO JERÁRQUICO**

El presente caso se refiere básicamente a la aplicación errónea de la normativa para el caso de notificaciones en la que incurrió la AP relativa a la aplicación del Artículo 26 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por lo que pasamos a expresar los argumentos legales y fácticos para demostrar esa errada aplicación.

1. El Artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece (en lo que concierne al aspecto central de nuestra impugnación):

Artículo 33 (Notificación).

- I. La administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.
- II. Las notificaciones se realizarán en el plazo, forma, **domicilio** y condiciones señaladas en los numerales III, IV, V y VI del presente artículo, salvo lo expresamente establecido en la reglamentación especial de los sistemas de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.
- III. La notificación deberá ser realizada en el plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha en la que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro del mismo. **La notificación será practicada en el lugar que estos hayan señalado expresamente como domicilio a este efecto**, el mismo que deberá estar dentro de la jurisdicción municipal de la sede de funciones de la entidad pública. Caso contrario, la misma será practicada en la Secretaría General de la entidad pública.
- IV. Si el interesado no estuviere presente en su domicilio en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de ella cualquier persona

que se encontrare en él, debiendo hacer constar su identidad y su relación con el interesado. Si se rechazase la notificación, se hará constar ello en el expediente especificándose las circunstancias del intento de notificación y setendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento en todo caso. (El resaltado es nuestro)

Por su parte, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aplicable al sector de pensiones y aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 1 de septiembre de 2003, estableció en sus Artículos 25 y 26, lo siguiente:

Artículo 25.- (Notificación).

- I. Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI deberán notificar a los operadores de sus respectivos mercados financieros, las resoluciones que emitan a través de los medios y mecanismos que dispongan las leyes sectoriales o los que hayan adoptado las Superintendencias Sectoriales respectivas, debiendo contar en todos los casos con una constancia de notificación que evidencie la diligencia de acuerdo a reglamento. Las resoluciones de alcance general podrán ser publicadas en un periódico de circulación nacional por una sola vez, para efectos de notificación.
- II. Las **resoluciones de alcance particular, deberán ser notificadas personalmente a los interesados, remitiéndoseles copia de las mismas a las direcciones que hayan fijado en la respectiva Superintendencia Sectorial.** El sello o firma de recepción constituirá constancia de la notificación.
- III. Serán objeto de notificación personal, los siguientes actos:
  - a) Los de alcance particular que concluyan el procedimiento seguido ante una Superintendencia Sectorial y tengan carácter definitivo o los que sin serlo, impidan la prosecución de los trámites.
  - b) Los que dispongan emplazamientos, citaciones, vistas o traslados.
  - c) Los que dispongan la realización de inspecciones, de acuerdo al procedimiento seguido por las Superintendencias Sectoriales.
  - d) Los que determinen la apertura del periodo de prueba o del plazo para la presentación de descargos.
  - e) La resolución que resuelva un recurso de revocatoria.
  - f) La resolución que resuelva un recurso jerárquico.
  - g) Otros actos que de acuerdo a disposiciones legales deban ser notificados personalmente.
- IV. En la constancia de notificación, se hará constar el lugar, fecha y hora de notificación, firmas del notificado y del funcionario notificante, Si el interesado rehusare, ignorare formar o estuviese imposibilitado de hacerlo, esta situación será consignada en la constancia de notificación respectiva.
- V. El envío de información de los sujetos regulados a las Superintendencias Sectoriales del SIREFI o viceversa, por medios electrónicos, faxes y otros



medios debidamente acreditados por las respectivas constancias de recibo, serán válidos y surtirán plenos efectos jurídicos en las actividades y funciones cotidianas que realizaran, de acuerdo a lo establecido por las Superintendencias Sectoriales en sus resoluciones reglamentarias respectivas.

Artículo 26.- (Notificaciones con Cargos y Sanciones). Las notificaciones que **deban ser efectuadas con cargos y sanciones**, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita **citando al presunto infractor** para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersona por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse.

En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a este por notificado. (El resaltado es nuestro)

2. Como se puede apreciar claramente de la transcripción anterior, la actuación procedimental que establece el Artículo 26 relativa a 'citar al presunto infractor' dándole 5 días para que se apersona en el órgano respectivo y tome conocimiento y notificarse, SE APLICA AL ACTO DE LA CITACIÓN PARA LA NOTIFICACIÓN CON CARGOS Y SANCIONES Y NO A LA NOTIFICACIÓN CON LA RESOLUCIÓN QUE SE EMITE LUEGO DE LLEVADO EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO, ya que esta Resolución se constituye en una Resolución de alcance particular y tiene el carácter de definitiva.
3. Las Resoluciones Administrativas pueden ser de alcance particular o general, tomando en cuenta los efectos de estas Resoluciones en un administrado o en la colectividad en general. En el presente caso se trata de la Resolución Administrativa 230-2009 que estableció la comisión de infracciones, aplicando sanciones contra nuestra AFP, es decir que se trata de una Resolución de alcance particular.
4. De conformidad al Párrafo II del Artículo 25 del Decreto Supremo No.27175 de 15 de septiembre de 2003, las Resoluciones de carácter particular, "...deberán ser notificadas personalmente a los interesados, remitiéndoseles copia de las mismas a las direcciones que hayan fijado e la respectiva Superintendencia Sectorial. El sello o firma de recepción constituirá constancia de la notificación.'En consecuencia, queda totalmente claro que las Resoluciones de alcance particular, como las Resoluciones sancionatorias, deben ser notificadas en los domicilios señalados, más aún si tomamos en cuenta que estas Resoluciones fueron fruto de un procedimiento sancionatorio, en el cual la notificación de cargos y sanciones ya se realizó citando al presunto infractor para que se apersona ante el órgano regulador para notificarse.
5. Concordante con lo anterior, el inciso a) del Párrafo III del citado Artículo 25 también es claro al señalar que los actos de alcance particular QUE CONCLUYAN EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ante un órgano regulador y tenganel CARÁCTER DE DEFINITIVO, deben ser notificados en forma personal.

En el presente caso la Resolución 230-2009 es una Resolución definitiva que puso fin al procedimiento sancionador establecido por la AP, dando origen a que se abra la etapa recursiva.

6. En los procedimientos sancionadores, la notificación con cargos y sanciones, no es un ACTO DEFINITIVO, ni puede tener el Alcance de una Resolución Administrativa, por cuanto estos cargos y sanciones pueden ser descargados y, por tanto desestimados, o pueden ser mantenidos y ser objeto de una Resolución Administrativa sancionatoria definitiva de conformidad a los Artículos 67 y 68 del Decreto Supremo No. 27175.

En ese sentido es que el Artículo 26 del Decreto Supremo 27175 establece que la notificación con cargos y sanciones se debe realizar previa citación al administrado, para que este administrado (presunto responsable de las infracciones) tome conocimiento de estos cargos y sanciones, debiendo repetirse la citación hasta por una segunda vez, y en caso de no comparecencia a la segunda citación, la señalada disposición normativa establece como sanción que se tenga por notificado al presunto infractor.

7. La aplicación de la forma de citación para notificación con los cargos y sanciones, es perfectamente coherente y sigue la lógica jurídica de garantizar al administrado (presunto infractor) el derecho al descargo, ya que hasta ese momento los cargos y sanciones no son definitivos y por ello el administrado tiene la calidad de 'PRESUNTO INFRACTOR'. Por ello es que el Artículo 26 hace referencia expresa al 'PRESUNTO INFRACTOR'.
8. Una vez que se emite la Resolución Administrativa sancionatoria, la misma debe ser notificada personalmente, en el domicilio del administrado, puesto que esta Resolución ya confiere al administrado la calidad de 'SANCIONADO' y por lógica jurídica no se puede pretender nuevamente 'citar' al presunto infractor para que 'tome conocimiento de cargos y sanciones', cuando ya existe un Acto Administrativo que determina las infracciones cometidas y las sanciones establecidas, por lo que reiteramos dicha Resolución debe ser notificada personalmente y en el domicilio del Administrado, de acuerdo al Artículo 25 del Decreto Supremo No. 27175.
9. Esa lógica procedimental la tiene la propia Ley de Procedimiento Administrativo, al señalar claramente en su párrafo III del Artículo 33, que 'La notificación deberá ser realizada en el plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha en la que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro del mismo. La notificación será practicada en el lugar que estos (refiriéndose a los administrados) hayan señalado EXPRESAMENTE COMO DOMICILIO para este efecto, el mismo que deberá estar dentro de la jurisdicción municipal de la sede de funciones de la entidad pública. Caso contrario, la misma será practicada en la Secretaría General de la entidad pública.' (Las mayúsculas son nuestras).  
Como se puede apreciar, esta disposición, que si bien no se aplica directamente en virtud a lo establecido en el párrafo 11 del mismo Artículo II, mantiene la lógica jurídica de la notificación personal en el domicilio señalado de los administrados, disposición que además sirvió como raíz normativa para que se emita el reglamento.

10. Finalmente es necesario hacer mención a un aspecto procesal que demuestra que no se está siguiendo el procedimiento correctamente, ya que la Resolución Administrativa RA 40 - 2010, objeto del presente recurso jerárquico, fue notificada en nuestro domicilio el 5 de marzo de 2010, dejándonos copia de la misma en secretaría, haciéndose mención simplemente al "representante legal", pero sin que exista una mención a quien es ese representante legal ni firma del mismo. No se debe olvidar que las notificaciones con Resoluciones emitidas en atención a Recursos de Revocatoria, deben ser personales.

### III. PETITORIO

Por todo lo expuesto y en virtud al Artículo 52 del Decreto Supremo No. 27175, interponemos Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa 40-2010 de 1 de marzo de 2010, solicitando a su Autoridad se sirva remitirlo a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, para que el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas se sirva revocar la referida Resolución y disponga que la AP conozca y resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por nuestra institución y que fue injustamente declarada improcedente."

### CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### 1.-DE LA NORMATIVA APLICABLE.-

Antes de ingresar al análisis el presente proceso, corresponde revisar la normativa aplicable que se debe seguir para la notificación de Actos Administrativos, conforme se procede a continuación:

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, en su artículo 33, referente a la Notificación, determina que:

*"1. La Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*

**II.** Las notificaciones se realizarán en el plazo, forma, domicilio y condiciones señaladas en los numerales III, IV, V y VI del presente artículo, salvo lo expresamente establecido en la reglamentación especial de los sistemas de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley.

**III.** La notificación deberá ser realizada en el plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha en la que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro del mismo. La notificación será practicada en el lugar que éstos hayan señalado expresamente como domicilio a este efecto, el mismo que deberá estar dentro de la jurisdicción municipal de la sede de funciones de la entidad pública. Caso contrario, la misma será practicada en la Secretaría General de la entidad pública.

**IV.** Si el interesado no estuviera presente en su domicilio en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de ella cualquier persona que se encontrare en él, debiendo hacer constar su identidad y su relación con el interesado, Si se rechazase la notificación, se hará constar ello en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento en todo caso.

**V.** Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia:

- a)** De la recepción por el interesado;
- b)** De la fecha de la notificación;
- c)** De la identidad del notificado o de quien lo represente; y,
- d)** Del contenido del acto notificado...”

El 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, sobre la Notificación determina:

**I.** Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI deberán notificar a los operadores de sus respectivos mercados financieros, las resoluciones que emitan a través de los medios y mecanismos que dispongan las leyes sectoriales o los que hayan adoptado las Superintendencias Sectoriales respectivas, debiendo contar en todos los casos con una constancia de notificación que evidencie la diligencia de acuerdo a reglamento. Las resoluciones de alcance general podrán ser publicadas en un periódico de circulación nacional por una sola vez, para efectos de notificación.

**II.** Las resoluciones de alcance particular, deberán ser notificadas personalmente a los interesados, remitiéndoseles copia de las mismas a las direcciones que hayan

fijado en la respectiva Superintendencia Sectorial. El sello o firma de recepción constituirá constancia de la notificación.

**III.** Serán objeto de notificación personal, los siguientes actos:

- a) Los de alcance particular que concluyan el procedimiento seguido ante una Superintendencia Sectorial y tengan carácter definitivo o los que sin serlo, impidan la prosecución de los trámites.
- b) Los que dispongan emplazamientos, citaciones, vistas o traslados.
- c) Los que dispongan la realización de inspecciones, de acuerdo al procedimiento seguido por las Superintendencias Sectoriales.
- d) Los que determinen la apertura del período de prueba o del plazo para la presentación de descargos.
- e) La resolución que resuelva un recurso de revocatoria.
- f) La resolución que resuelva un recurso jerárquico.
- g) Otros actos que de acuerdo a disposiciones legales deban ser notificados personalmente.

**IV.** En la constancia de notificación, se hará constar el lugar, fecha y hora de notificación, firmas del notificado y del funcionario notificante. Si el interesado rehusare, ignorare formar o estuviere imposibilitado de hacerlo, esta situación será consignada en la constancia de notificación respectiva...”.

Asimismo, el citado Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, en artículo siguiente, establece el procedimiento para la Notificación con Cargos y Sanciones, conforme se transcribe a continuación:

**“Artículo 26.- (Notificaciones con Cargos y Sanciones).** Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersona por la Secretaria General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado.”

## **2.-ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-**

De la revisión de la normativa aplicable transcrita en el numeral anterior, tenemos que el Artículo 33 de la Ley del Procedimiento Administrativo establece que la Administración Pública deberá notificar a los interesados toda Resolución que afecte a sus derechos o intereses legítimos, en el plazo, forma, domicilio y condiciones especificadas en dicho Artículo, sin embargo también la propia norma en su párrafo II determina la salvedad de aplicación a lo expresamente establecido en **“reglamentación especial”**.

Es así que, deja justamente el procedimiento que se debe seguir para la notificación al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, para cada sistema, siendo el que corresponde al ámbito de aplicación del caso de Autos, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (RLPA), aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

Este Reglamento establece en su artículo 25 el procedimiento de notificación general para resoluciones de alcance general y particular, determinando para estos últimos, que las mismas deben ser notificadas de manera personal y en el domicilio fijado. Asimismo el artículo 26 transcrito en el numeral anterior, determina el procedimiento específico que se debe seguir para la notificación **con cargos y sanciones**, determinando que la notificación del acto administrativo debe realizarse mediante comunicación escrita, citando al regulado para que este se apersona y se notifique en Secretaría General de la Autoridad Fiscalizadora, y en caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, opera la notificación de hecho, dándose por notificado el administrado.

Como se puede apreciar, la norma general (Ley) determina la salvedad de la aplicación de la normativa especial (Decreto Reglamentario), misma que ha establecido el procedimiento a seguir para efectos de la notificación con sanciones, siendo los requisitos a cumplir los siguientes: **a)** Citación al administrado mediante comunicación escrita para que se apersona a la Secretaría General a efecto de tomar conocimiento y notificarse, **b)** La citación debe realizarse al representante legal, quien es el que debe apersonarse a efectos de dar cumplimiento con la determinación del Art. 25 del RLPA **c)** En caso de no comparecencia se debe emitir una segunda citación con los mismos términos y en caso de no apersonarse el regulado se tiene por notificado.

Ahora bien, aplicado al caso de Autos, y conforme se evidencia del expediente administrativo tenemos que:

- i. En fecha 11 de diciembre de 2009, se emite la Resolución Administrativa AP/DJ N° 230-2009. (Fs. 121)
- ii. El mismo 11 de diciembre se emite la primera citación, mediante nota AP/DJ/1657/2009, misma que es notificada el 18 de diciembre de 2009. (Fs. 109)
- iii. El regulado tenía el plazo inicial para presentarse a efectos de tomar conocimiento y notificarse hasta el 28 de diciembre de 2009.
- iv. En fecha 29 de diciembre de 2009, se emite la segunda citación, mediante nota AP/DJ/1884/2009, y es notificada el mismo día. (Fs. 110)
- v. La AFP tenía el plazo final para tomar conocimiento y notificarse con la Resolución Administrativa AP/DJ N° 230-2009, hasta el 6 de enero de 2010.

Según consta en el expediente administrativo y las aseveraciones de la AFP en los documentos cursantes en el expediente administrativo, la misma no se habría

apersonado en la fecha prevista a efectos de notificación, por lo que en virtud al Artículo 26 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, se tiene por notificada la Resolución Administrativa AP/DJ N° 230-2009.

Por lo expuesto, se concluye que compulsado el expediente y la revisión de la normativa, se ha determinado que al no haberse apersonado el representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, en el plazo de cinco días hábiles administrativos desde la notificación con la segunda citación, ha operado la notificación de hecho el 6 de enero de 2010, concluyendo a su vez, que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, cumplió con el procedimiento establecido en normativa especial previstos para la notificación.

Sin embargo, y conforme a procedimiento importa que esta instancia jerárquica se pronuncie sobre el fundamento presentado por la recurrente, respecto al –punto de vista- que tiene sobre la normativa administrativa relacionada a la notificación.

Es así que en cuanto a lo señalado por el recurrente de que en el presente caso la resolución sería de alcance particular y por ende esta debió haberse notificado de acuerdo a lo establecido en el Artículo 25 de la precitada norma, se tiene que como ya se dijo *up supra*, no puede dejar de tomarse en cuenta la determinación específica de la norma para la notificación con **sanciones** (Artículo 26 RLPA), cual es el caso que nos ocupa, misma que determina un procedimiento especial para dicho tipo de actos administrativos, donde se encuentra inmersa la notificación personal al representante legal.

Asimismo, no puede ni la Autoridad, ni el regulado dejar de cumplir las determinaciones expresas de la normativa, que en el caso que nos ocupa, han sido practicadas por la Autoridad, pero la Administradora de Fondos de Pensiones, pese a ser notificada en dos oportunidades con la citación, hizo caso omiso de la misma y no compareció para su notificación, como hubiera correspondido y cual ha venido actuando a lo largo de los años, operando de esta manera la notificación de hecho.

Por otro lado, el recurrente da a entender una sinonimia entre cargo y sanción, al pretender que el procedimiento determinado en el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Procedimiento, aplicaría solo para la imputación con cargos al presunto infractor.

Por lo que, corresponde revisar ambos conceptos, verificando su diferenciación, dentro del procedimiento administrativo sancionador y determinando su fin y el momento de su ejecución.

Es así, que entendemos por **cargo**, la imputación formal que hace la Administración Pública al regulado sobre la presunta comisión de una infracción para que esté y de acuerdo a los términos previstos por ley asuma su derecho a la defensa, hecho que

está plenamente establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 82.- (ETAPA DE INICIACIÓN).- cuando dice "**La etapa de iniciación se formalizará** con la notificación a los presuntos infractores **con los cargos imputados...**"

Ahora bien, la **sanción administrativa** conforme se define en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas es: "*la medida penal que impone el poder ejecutivo o alguna de las autoridades de ese orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos (...)*"

La sanción puede imponerse solamente una vez vencido el término de prueba y mediante Resolución Administrativa motivada, constituyendo la **Etapa de Terminación**, conforme determina el Artículo 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el Artículo 68 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

Por lo tanto, la sanción no puede asimilarse al cargo, ya que ambos se desarrollan en etapas distintas, siendo el cargo la formalización de la etapa de iniciación del procedimiento y la sanción la etapa de terminación.

Dicho esto queda claro que el Artículo 26 no sólo se aplica y hace referencia a la notificación de cargos como a severa el recurrente, sino también aplica a las sanciones.

De igual forma es importante recordar al recurrente que el único medio legal que tiene la Administración Pública para imponer una sanción es justamente a través de una Resolución Administrativa motivada, conforme dicta el procedimiento administrativo.

Por lo tanto, el hecho de que el recurrente haya comparecido ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones deriva justamente en que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 230-2009 de 11 de diciembre de 2009 se haya dado por notificada conforme lo establece el mismo Artículo 26 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo.

Dilucidado el procedimiento de notificación en aplicación a la normativa administrativa, corresponde verificar si Futuro de Bolivia S.A. AFP habría ejercido su derecho a la defensa a través de la presentación oportuna del Recurso de Revocatoria que le asistía.

La Administradora de Fondos de Pensiones, al ser notificada de hecho por imperio del Artículo 26 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, en fecha 6 de enero de 2010, tenía el plazo fatal de quince (15) días hábiles administrativos para interponer Recurso de Revocatoria, es decir hasta 28 de enero de 2010, sin embargo presentó su recurso el 02 de febrero de 2010, es decir tres días hábiles administrativos de vencido el plazo determinado en normativa (Artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.)



Por lo que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones, ha hecho una correcta aplicación de la norma, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP por haber sido presentado fuera de plazo de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 del Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

Respecto al argumento presentado por el recurrente sobre la notificación de la Resolución Administrativa AP/ N° 40-2010, misma que no cumpliría el procedimiento administrativo, al haberse dejado una copia en domicilio señalado sin hacer referencia al representante legal, corresponde pronunciamiento por parte de esta instancia jerárquica.

En este entendido y en cuanto a la notificación defectuosa alegada por el recurrente se hace referencia a lo expuesto por García de Enterría sobre la notificación quien señala que:

*"...es el modo de comunicar a los ciudadanos, personal o colectivamente, la existencia del acto administrativo, lo que constituye un requisito fundamental para la seguridad jurídica, y una condición legal de la que depende la eficacia del acto."*

Por su parte el Tribunal Constitucional sobre las notificaciones, en su SC 1845/2004-R, de 20 de noviembre ha establecido que:

*"...los emplazamientos, citaciones y notificaciones (notificaciones en sentido genérico), que son las modalidades más usuales que se utilizan para hacer conocer a las partes o terceros interesados las providencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales o administrativos, para tener validez, deben ser realizados de tal forma que se asegure su recepción por parte del destinatario; pues la notificación, no está dirigida a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino a asegurar que la determinación judicial objeto de la misma sea conocida efectivamente por el destinatario (así SC 0757/2003-R, de 4 de junio); dado que sólo el conocimiento real y efectivo de la comunicación asegura que no se provoque indefensión en la tramitación y resolución en toda clase de procesos; pues no se llenan las exigencias constitucionales del debido proceso, cuando en la tramitación de la causa se provocó indefensión (art.16.II y IV de la CPE); sin embargo, en coherencia con este entendimiento, toda notificación por defectuosa que sea en su forma, que cumpla con su finalidad (hacer conocer la comunicación en cuestión) es válida".*

Por lo tanto y conforme se evidencia del expediente administrativo, la notificación practicada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ha sido defectuosa, debiendo haberse notificado al Representante Legal, de conformidad

con el artículo 25 Parágrafo III del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, sin embargo y bajo la jurisprudencia constitucional y el principio de trascendencia, tenemos que el recurrente conoció la misma y a partir de ella y en el plazo previsto por ley, ejerció su derecho a la defensa, por lo tanto la misma debe considerarse como válida, al no haber afectado al recurrente.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar totalmente la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.-CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa AP/DJ/N°40-2010 de 1 de marzo de 2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 230-2009 de 11 de diciembre de 2009.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

ASFI N° 174/2010 DE 05 DE MARZO DE 2010

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2010 DE 16 DE JUNIO DE 2010

## **FALLO**

**CONFIRMA TOTALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2010**

La Paz, 16 de junio de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por PANAMERICAN SECURITIES S.A. Agencia de Bolsa, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010, mediante la cual confirma la resolución Administrativa ASFI N° 001/2010 de 05 de enero de 2010 ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 029/2010 de 31 de mayo de 2010, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 3/2010 de 12 de mayo de 2010 emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 14 de abril de 2010, **PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA**, representada legalmente por Carola Blanco Morales y Gustavo Quintanilla Gutiérrez tal como acredita el Testimonio de Poder N° 500/2006 de 03 de abril de 2006, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 075 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Roberto Pary Olivera, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010, mediante la cual confirma la Resolución Administrativa ASFI N° 001/2010 de 05 de enero de 2010 ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 29758/2010 con fecha de recepción de 30 de marzo de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 174/2010 de 05 de marzo de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 16 de abril de 2010, notificado en fecha 23 de abril de 2010.

Que, mediante Auto de fecha 19 de abril de 2010, la señora Ministra de Economía y Finanzas Públicas a.i. acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, disponiendo la separación del citado funcionario para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por PANAMERICAN SECURITIES S.A. contra la Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010, designando a la Dra. Susana Ríos Laguna Viceministra de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén S., en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 001/2010 DE 05 DE ENERO DE 2010.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 001/2010 de 05 de enero de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve lo siguiente:

*“PRIMERO.- Sancionar a **PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us. 3,000.- (TRES MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por infracción de la Circular SPVS/IV/DI/N° 37/2007 de 5 de septiembre de 2007, al haber negociado en el Mercado primario los Valores de Titularización SinchiWayra – Nafibo 015 Serie SIW-TD-EU, el 25 de septiembre de 2008, una tasa diferente (mayor) de la tasa establecida en el prospecto...”*

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 03 de febrero de 2010, **PANAMERICAN SECURITIES S.A.** Agencia de Bolsa, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 001/2010 de 05 de enero de 2010, con los siguientes argumentos:

### **“...4. RECURSO DE REVOCATORIA**

#### *4.1. Consideraciones de orden general*

*La Resolución Administrativa ASFI N° 001/2010 de 05 de enero de 2010, en su parte considerativa, determina con absoluta carencia de justificativo técnico legal que PANAMERICAN ha incumplido la Circular SPVS/IV/DI/N° 37/2007, de 5 de septiembre de 2007, al haber negociado los Valores de Titulación Sinchi – Wayra – Nafibo 015, serie SIW-TD-EU a una tasa diferente (mayor) a la establecida en el Prospecto de Emisión. Asimismo, pretende desconocer acuerdos alcanzados en reuniones sostenidas con personal técnico y del departamento legal de la, entonces SPVS, debido a que no existirían documentos de respaldo suficientes, desconociendo y vulnerando de esa manera los principios de buena fe y de informalismo establecidos para la actividad administrativa mediante Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002. Vale hacer notar que el pleno cumplimiento de la normativa legal vigente y de los acuerdos alcanzados en reuniones "informales" entre nosotros y la entonces SPVS se encuentran suficientemente respaldados a través de la emisión de la Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 741, de 23 de septiembre de 2008, por medio de la que tal Superintendencia (de la cual la ASFI hereda competencias y responsabilidades) decidió autorizar e inscribir en el Registro del Mercado de Valores de la SPVS el Patrimonio Autónomo SinchiWayra - Nafibo 015.*

*Entre la documentación revisada, evaluada y analizada por el regulador constaba el Prospecto de Emisión, producido y presentado en el marco de lo dispuesto por la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 729, de 19 de diciembre de 2001, mismo que claramente establecía una Tasa TIR (por definición variable), misma que (al ser aprobado el prospecto) fue aprobada por el regulador. En consecuencia la variación de la tasa (hacia arriba o hacia abajo) se encontraba reflejada en el Prospecto, era de conocimiento del regulador y fue aprobada y autorizada por este, de conformidad con lo establecido por el inciso 8) del artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No.052 de 14 de febrero de 2000, relativa al Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización (Anexo 2).*

#### **4.2. Sobre la Tasa de Colocación.**



Conforme se establece en el punto 2.7 del Prospecto de Emisión, el flujo del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA - NAFIBO 015 será el proveniente del flujo de Pagares y de los Bonos del TGN recibidos como pago en colocación primaria de la Emisión. Dada la estructura de dicho flujo, el pago de intereses no es regular y por lo tanto la tasa de interés de la Serie Única se modifica en función a distintos periodos.

Por lo tanto, también como se establece en el Glosario del Prospecto de Emisión, la Tasa de Colocación "corresponde a la Tasa Interna de Retorno (TIR) y representa la rentabilidad que el inversionista recibirá si mantiene el título hasta su vencimiento. Esta tasa es utilizada para la colocación primaria de los valores, dada la estructura de tasa presentada en el cuadro No. 6 Tasa de Interés del Prospecto de Emisión"

**Cuadro N° 1 del Prospecto de Emisión: Tasa de Interés**

Periodo		Tasa de Interés	Periodo		Tasa de Interés	Periodo		Tasa de Interés
Del	Al		Del	Al		Del	Al	
24-sep-08	05-oct-08	0.00%	06-may-12	05-jun-12	0.00%	06-ene-16	05-feb-16	0.00%
06-oct-08	05-nov-08	0.00%	06-jun-12	05-jul-12	0.00%	06-feb-16	05-mar-16	0.00%
06-nov-08	05-dic-08	0.00%	06-jul-12	05-ago-12	0.00%	06-mar-16	05-abr-16	0.00%
06-dic-08	05-ene-09	0.00%	06-ago-12	05-sep-12	0.00%	06-abr-16	05-may-16	0.00%
09-ene-09	05-feb-09	0.00%	06-sep-12	05-oct-12	72.00%	06-may-16	05-jun-16	0.00%
06-feb-09	05-mar-09	0.00%	06-oct-12	05-nov-12	0.00%	06-jun-16	05-jul-16	0.00%
06-mar-09	05-abr-09	0.00%	06-nov-12	05-dic-12	0.00%	06-jul-16	05-ago-16	0.00%
06-abr-09	05-may-09	0.00%	06-dic-12	05-ene-13	0.00%	06-ago-16	05-sep-16	0.00%
06-may-09	05-jun-09	0.00%	06-ene-13	05-feb-13	0.00%	06-sep-16	05-oct-16	328,34%
06-jun-09	05-jul-09	0.00%	06-feb-13	05-mar-13	0.00%	06-oct-16	05-nov-16	0.00%
06-jul-09	05-ago-09	0.00%	06-mar-13	05-abr-13	0.00%	06-nov-16	05-dic-16	0.00%
06-ago-09	05-sep-09	0.00%	06-abr-13	05-may-13	0.00%	06-dic-16	05-ene-17	0.00%
06-sep-09	05-oct-09	58.40%	06-may-13	05-jun-13	0.00%	06-ene-17	05-feb-17	0.00%
06-oct-09	05-nov-09	0.00%	06-jun-13	05-jul-13	0.00%	06-feb-17	05-mar-17	0.00%
06-nov-09	05-dic-09	0.00%	06-jul-13	05-ago-13	0.00%	06-mar-17	05-abr-17	0.00%
06-dic-09	05-ene-10	0.00%	06-ago-13	05-sep-13	0.00%	06-abr-17	05-may-17	0.00%
06-ene-10	05-feb-10	0.00%	06-sep-13	05-oct-13	77.07%	06-may-17	05-jun-17	0.00%
06-feb-10	05-mar-10	0.00%	06-oct-13	05-nov-13	0.00%	06-jun-17	05-jul-17	0.00%
06-mar-10	05-abr-10	0.00%	06-nov-13	05-dic-13	0.00%	06-jul-17	05-ago-17	0.00%
06-abr-10	05-may-10	0.00%	06-dic-13	05-ene-14	0.00%	06-ago-17	05-sep-17	0.00%
06-may-10	05-jun-10	0.00%	06-ene-14	05-feb-14	0.00%	06-sep-17	05-oct-17	8.982.65%
06-jun-10	05-jul-10	0.00%	06-feb-14	05-mar-14	0.00%	06-oct-17	05-nov-17	0.00%

06-jul-10	05-ago-10	0.00%	06-mar-14	05-abr-14	0.00%	06-nov-17	05-dic-17	0.00%
06-ago-10	05-sep-10	0.00%	06-abr-13	05-may-14	0.00%	06-dic-17	05-ene-18	0.00%
06-sep-10	05-oct-10	64.34%	06-may-14	05-jun-14	0.00%	06-ene-18	05-feb-18	0.00%
06-oct-10	05-nov-10	0.00%	06-jun-14	05-jul-14	0.00%	06-feb-18	05-mar-18	0.00%
06-nov-10	05-dic-10	0.00%	06-jul-14	05-ago-14	0.00%	06-mar-18	05-abr-18	0.00%
06-dic-10	05-ene-11	0.00%	06-ago-14	05-sep-14	0.00%	06-abr-18	05-may-18	0.00%
06-ene-11	05-feb-11	0.00%	06-sep-14	05-oct-14	82.75%	06-may-18	05-jun-18	0.00%
06-feb-11	05-mar-11	0.00%	06-oct-14	05-nov-14	0.00%	06-jun-18	05-jul-18	0.00%
06-mar-11	05-abr-11	0.00%	06-nov-14	05-dic-14	0.00%	06-jul-18	05-ago-18	0.00%
06-abr-11	05-may-11	0.00%	06-dic-14	05-ene-15	0.00%	06-ago-18	05-sep-18	0.00%
06-may-11	05-jun-11	0.00%	06-ene-15	05-feb-15	0.00%	06-sep-18	05-oct-18	8,959,51%
06-jun-11	05-jul-11	0.00%	06-feb-15	05-mar-15	0.00%	06-oct-18	05-nov-18	0.00%
06-jul-11	05-ago-11	0.00%	06-mar-15	05-abr-15	0.00%	06-nov-18	05-dic-18	0.00%
06-ago-11	05-sep-11	0.00%	06-abr-15	05-may-15	0.00%	06-dic-18	05-ene-19	0.00%
06-sep-11	05-oct-11	67.96%	06-may-15	05-jun-15	0.00%	06-ene-19	05-feb-19	0.00%
06-oct-11	05-nov-11	0.00%	06-jun-15	05-jul-15	0.00%	06-feb-19	05-mar-19	0.00%
06-nov-11	05-dic-11	0.00%	06-jul-15	05-ago-15	0.00%	06-mar-19	05-abr-19	0.00%
06-dic-11	05-ene-12	0.00%	06-ago-15	05-sep-15	0.00%	06-abr-19	05-may-19	0.00%
06-ene-12	05-feb-12	0.00%	06-sep-15	05-oct-15	89.49%	06-may-19	05-jun-19	0.00%
06-feb-12	05-mar-12	0.00%	06-oct-15	05-nov-15	0.00%	06-jun-19	05-jul-19	0.00%
06-mar-12	05-abr-12	0.00%	06-nov-15	05-dic-15	0.00%	06-jul-19	05-ago-19	0.00%
06-abr-12	05-may-12	0.00%	06-dic-15	05-ene-16	0.00%	06-ago-19	05-sep-19	0.00%
						06-sep-19	05-oct-19	9,383,71%

Dado que también las amortizaciones de capital de la emisión están estructuradas en función al flujo que recibirá el Patrimonio Autónomo y considerando el cálculo de intereses en función al cuadro anterior, el flujo que recibirá el inversionista por cada valor será:

**(Expresado en Dólares de los Estados Unidos de Norte América)**

Serie Única			Serie Única			Serie Única		
Fecha	Capital	Intereses	Fecha	Capital	Intereses	Fecha	Capital	Intereses
24-sep-08		0.00	05-jun-12	2,142.86	0.00	05-mar-16	29,642.86	0.00
05-oct-08	3,571.43	0.00	05-jul-12	2,142.86	0.00	05-abr-16	20,000.00	0.00
05-nov-08	1,428.57	0.00	05-ago-12	0.00	0.00	05-may-16	28,926.57	0.00
05-dic-08	3,571.43	0.00	05-sep-12	714.29	0.00	05-jun-16	20,000.00	0.00
05-ene-09	2,857.14	0.00	05-oct-12	3,571.43	27081.4	05-jul-16	9,642.86	0.00
05-feb-09	3,571.43	0.00	05-nov-12	4,285.71	0.00	30-mar-77	714.29	0.00

05-mar-09	1,428.57	0.00	05-dic-12	2,857.14	0.00	20-nov-48	28,214.29	0.00
05-abr-09	2,857.14	0.00	05-ene-13	3,571.43	0.00	05-oct-16	17,857.14	27439.83
05-may-09	2,142.86	0.00	05-feb-13	2,142.86	0.00	05-nov-16	8,928.57	0.00
05-jun-09	2,142.86	0.00	05-mar-13	2,142.86	0.00	05-dic-16	8,928.57	0.00
05-jul-09	2,142.86	0.00	05-abr-13	2,142.86	0.00	05-ene-17	8,928.57	0.00
05-ago-09	714.29	0.00	05-may-13	2,857.14	0.00	05-feb-17	0.00	0.00
05-sep-09	714.29	0.00	05-jun-13	1,428.57	0.00	05-mar-17	8,928.57	0.00
05-oct-09	3,571.43	25859.4	05-jul-13	714.29	0.00	05-abr-17	8,928.57	0.00
05-nov-09	1428.57	0.00	05-ago-13	714.29	0.00	05-may-17	0.00	0.00
05-dic-09	3571.43	0.00	05-sep-13	2,857.14	0.00	05-jun-17	8,928.57	0.00
05-ene-10	2,857.14	0.00	05-oct-13	1,428.57	27107.5	05-jul-17	0.00	0.00
05-feb-10	3,571.43	0.00	05-nov-13	5,000.00	0.00	05-ago-17	9,642.86	0.00
05-mar-10	1,428.57	0.00	05-dic-13	2,857.14	0.00	05-sep-17	15,531.71	0.00
05-abr-10	2,857.14	0.00	05-ene-14	3,571.43	0.00	05-oct-17	0.00	27535.71
05-may-10	2,142.86	0.00	05-feb-14	1,428.57	0.00	05-nov-17	0.00	0.00
05-jun-10	2,142.86	0.00	05-mar-14	2,857.14	0.00	05-dic-17	0.00	0.00

(...) “Dado el flujo anterior, tomando en cuenta que el inversionista invertirá el valor nominal (USD 558.000) y conforme lo establece la teoría, la TIR será aquella tasa utilizada para descontar los flujos que recibirá el inversionista es. 0 el siguiente calculo refleja el cálculo de la TIR.

Nº de Cupón	Fecha de Pago	Capital	Interés	Total	Días	1*(TIR*E360)	Factor de Estimación de Cada Flujo	Flujos Descontados
	A	B	C	D	E	F	F*(F-1)	
		-		-				-
1	24-sep-08	558,500.00	0.00	558,500.00	31			558,500.00
2	05-oct-08	0.00	3,517.43	3571.43	11	1.002188889	1.002188889	3563.630321
3	05-nov-08	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.006166124	1.008370313	1416.71168
4	05-dic-08	0.00	3,571.43	3,571.43	30	1.005969152	1.143369429	3520.78858
5	05-ene-09	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.00618124	1.020646306	2799.343883
6	05-feb-09	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.00618124	1.026941761	1383.384394
7	05-mar-09	0.00	1,428.57	1,428.57	28	1.005571209	1.032663086	2749.807634
8	05-abr-09	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.00618124	1.039032682	2050.123042
9	05-may-09	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005969152	1.045234628	2037.555149
10	05-jun-09	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.00618124	1.051681963	2025.464642
11	05-jul-09	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005969152	1.057959813	671.0191667
12	05-ago-09	0.00	714.29	714.29	31	1.006168124	1.064465239	666.9058123

13	05-sep-09	0.00	714.29	714.29	31	1.006168124	1.071051116	1317.759361
14	05-oct-09	25,659.36	3,571.43	29,430.81	30	1.005969152	1.077444362	3274.854908
15	05-nov-09	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.00616812	1.084090193	2603.819577
16	05-dic-09	0.00	3,571.43	3,571.43	30	1.005969152	1.090561292	3234.62622
17	05-ene-10	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.006168124	1.097265009	1266.759869
18	05-feb-10	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006168124	1.104056217	3234.52622
19	05-mar-10	0.00	1,428.57	1,428.57	28	1.005571209	1.110207145	1266.759869
20	05-abr-10	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.006188124	1.117055040	2557.743261
21	05-may-10	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005966152	1.123722911	1006.929171
22	05-jun-10	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006166124	1.130854173	1695.239102
23	05-jul-10	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.006962152	1.137403220	1883.98326
24	05-ago-10	0.00	714.29	714.29	31	1.008166124	1.144418564	624.1508443
25	05-sep-10	0.00	714.29	714.29	31	1.008166124	1.154777810	620.3248053
26	05-oct-10	27,034.29	3,571.43	30,605.72	30	1.005060152	1.159331127	26421.19654
27	05-nov-10	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.006168124	1.166495080	1225.718513
28	05-dic-10	0.00	3,571.43	3,571.43	30	1.005969152	1.172483003	3046.117833
29	05-ene-11	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.008168124	1.179684838	2421.951956
30	05-feb-11	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006188124	1.186961200	3008.683006
31	05-mar-11	0.00	1,428.57	1,428.57	28	1.005571909	1.193574089	1190.864226
32	05-abr-11	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.008186124	1.200362020	2379.093607
33	05-may-11	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005058152	1.009104772	1773.73670
34	05-jun-11	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006168124	1.215858512	1762.863329
35	05-jul-11	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005956152	1.222612384	1732.40297
36	05-ago-11	0.00	0.00	0.00	31	1.006166124	1.230354612	0
37	05-sep-11	0.00	714.29	714.29	31	1.006166124	1.237943752	576.9971179
38	05-oct-11	27,058.80	3,571.43	30,630.03	30	1.005969132	1.245333267	24593.84634
39	05-nov-11	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.008188124	1.353014037	1140.106394
40	05-dic-11	0.00	3,571.43	3,571.43	30	1.005969152	1.280494072	2633.357238
41	05-ene-12	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.006168124	1.268266955	2252.787146
42	05-feb-12	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006168124	1.276031796	2798.72490
43	05-mar-12	0.00	1,428.57	1,428.57	28	1.00577018	1.283495075	1113.065838
44	05-abr-12	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.008189124	1.291371565	2212.48480
45	05-may-12	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005969152	1.299079978	1649.621228
46	05-jun-12	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006188124	1.307062654	1639.40915

47	05-jul-12	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005969152	1.314895100	1829.861333
48	05-ago-12	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	1.323005538	0.00
49	05-sep-12	0.00	714.29	714.29	31	1.006188124	1.331165998	538.88973
50	05-oct-12	27,051.43	3,571.43	30,662.59	30	1.005969152	1.339111930	22960.4063
51	05-nov-12	0.00	4,268.71	4,268.71	31	1.006188124	1.347371738	3180.79266
52	05-dic-12	0.00	2,857.14	2,857.14	30	1.005969152	1.355414405	2107.925725
53	05-ene-13	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006188124	1.363774777	2818.76267
54	05-feb-13	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006188124	1.372186700	1591.636608
55	05-mar-13	0.00	2,142.86	2,142.86	28	1.005571209	1.379831479	1552.088792
56	05-abr-13	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006188124	1.388342410	1543.4665
57	05-may-13	0.00	2,857.14	2,857.14	30	1.005969152	1.396984300	2045.739203
58	05-jun-13	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.006188124	1.409544421	1018.599093
59	05-jul-13	0.00	714.29	714.29	30	1.005969152	1.413632338	508.2669696
60	05-ago-13	0.00	714.29	714.29	31	1.006188124	1.422351797	502.1694032
61	05-sep-13	0.00	2,857.14	2,857.14	31	1.006188124	1.431113579	1998.429328
62	05-oct-13	27,107.83	1,428.57	26,636.10	30	1.005969152	1.436668700	19821.314
63	05-nov-13	0.00	5,000.00	5,000.00	31	1.006188124	1.448876800	3451.733064
64	05-dic-13	0.00	2,857.14	2,857.14	30	1.005969152	1.456789975	1990.713144
65	05-ene-14	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006188124	1.499835700	2438.670113
66	05-feb-14	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.006188124	1.475226041	666.3739328
67	05-mar-14	0.00	2,857.14	2,857.14	28	1.005571209	1.483448330	1926.017023
68	05-abr-14	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.006188124	1.492594809	657.1048894
69	05-may-14	0.00	2,857.14	2,857.14	30	1.005969152	1.501504430	1902.851529
70	05-jun-14	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006188124	1.510795995	1416.393162
71	05-jul-14	0.00	714.29	714.29	30	1.005969152	1.519783887	469.993675
72	05-ago-14	0.00	714.29	714.29	31	1.006188124	1.529130102	2766.908545
73	05-sep-14	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006188124	1.538591380	4356.263547
74	05-oct-14	27,135.10	1428.57	28,583.67	30	1.005969152	1.539865863	3562.065474
75	05-nov-14	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006188124	1.549762800	3756.753443
76	05-dic-14	0.00	2,857.14	2,857.14	30	1.005969152	1.554982765	4231.963441
77	05-ene-15	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006188124	1.578280053	5381.735144
78	05-feb-15	0.00	1,428.57	1,428.57	31	1.006188124	1.588002744	1822.736464
79	05-mar-15	0.00	2,857.14	2,857.14	28	1.005571209	1.594938866	6454.028735
80	05-abr-15	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006188124	1.604975938	582.985341

81	05-may-15	0.00	2,142.86	2,142.86	30	1.005969152	1.614354412	5822.082835
82	05-jun-15	0.00	2,142.86	2,142.86	31	1.006188124	1.624211333	6340.283656
83	05-jul-15	0.00	714.29	714.29	30	1.005969152	1.633906446	6325.916245
84	05-ago-15	0.00	714.29	714.29	31	1.006188124	1.643954838	9182.823615
85	05-sep-15	0.00	3,571.43	3,571.43	31	1.006188124	1.654124969	5439.128356
86	05-oct-15	27,321.08	1,428.59	28,749.65	30	1.005969152	1.663995658	9253.387366
87	05-nov-15	0.00	39,265.71	39,265.71	31	1.006188124	1.674262406	3646.385637
88	05-dic-15	0.00	29,842.56	29,842.56	30	1.005969152	1.684238339	214.987138
89	05-ene-16	0.00	39,265.71	39,265.71	31	1.006188124	1.694549037	4264.936156
90	05-feb-16	0.00	39,265.71	39,265.71	31	1.006188124	1.705097014	7846.826355
91	05-mar-16	0.00	29,642.86	29,642.86	29	1.00577018	1.714938640	5295.394651
92	05-abr-16	0.00	20,000.00	20,000.00	31	1.006188124	1.725514480	4231.876453
93	05-may-16	0.00	28,026.57	28,026.57	30	1.005969152	1.735814339	4231.963441
94	05-jun-16	0.00	20,000.00	20,000.00	31	1.006188124	1.748789795	4231.963441
95	05-jul-16	0.00	9,842.88	9,842.88	30	1.005969152	1.750980987	5381.735144
96	05-ago-16	0.00	714.29	714.29	31	1.006188124	1.764320842	1822.736464
97	05-sep-16	0.00	28,214.39	28,214.39	31	1.006188124	1.775320890	6454.028735
98	05-oct-16	27,439.83	17,057.14	45,298.87	30	1.005969152	1.783211980	1552.088792
99	05-nov-16	0.00	8928.57	8928.57	31	1.006188124	1.800034116	1543.4665
100	05-dic-16	0.00	3028.57	3028.57	30	1.005969152	1.811108764	5381.735144
101	05-ene-17	0.00	8926.57	8926.57	31	1.006188124	1.824579432	3451.733064
102	05-feb-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	1.834555098	1990.713144
103	05-mar-17	0.00	8028.57	8028.57	28	1.005571209	1.846211086	1140.106394
104	05-abr-17	0.00	8028.57	8028.57	31	1.006188124	1.850832160	2633.357238
105	05-may-17	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	1.868890053	2252.787146
106	05-jun-17	0.00	8028.57	8028.57	31	1.006188124	1.873235500	2798.72490
107	05-jul-17	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	1.885322257	1113.065838
108	05-ago-17	0.00	9642.88	9642.88	31	1.006188124	1.900529564	2212.48480
109	05-sep-17	0.00	18535.71	18535.71	31	1.006188124	1.916432670	1649.621228
110	05-oct-17	27,539.71	0.00	27535.71	30	1.005969152	1.924456897	6340.283656
111	05-nov-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	1.936527897	0.00
112	05-dic-17	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	1.948764108	0.00
113	05-ene-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	1.955668985	0.00
114	05-feb-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	1.976432277	0.00

115	05-mar-17	0.00	0.00	0.00	28	1.005571209	1.982180340	0.00
116	05-abr-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	1.994388650	0.00
117	05-may-17	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	2.000629135	0.00
118	05-jun-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	2.016866401	0.00
119	05-jul-17	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	2.030716321	0.00
120	05-ago-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	2.043241836	0.00
121	05-sep-17	0.00	0.00	0.00	31	1.005969152	2.055544804	0.00
122	05-oct-17	27,464.78	0.00	27,464.78	30	1.006188124	2.068116455	13280.09365
123	05-nov-17	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	2.080872863	0.00
124	05-dic-17	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	2.093295898	0.00
125	05-ene-18	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	2.106295595	0.00
126	05-feb-18	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	2.119196430	0.00
127	05-mar-18	0.00	0.00	0.00	28	1.005571209	2.121003420	0.00
128	05-abr-18	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	2.144147763	0.00
129	05-may-18	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	2.155649487	0.00
130	05-jun-18	0.00	0.00	0.00	31	1.006188124	2.170250789	0.00
131	05-jul-18	0.00	0.00	0.00	30	1.005969152	2.183252280	0.00

Entonces la TIR calculada a 8 decimales es: 7.16298245%

Las operaciones bursátiles cuentan con un Manual del Sistema de Monitoreo del Mercado de Valores que fue aprobado por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/No.359, de 17 de mayo de 2007 (actualizado al 5 de agosto de 2008, que es justamente el manual con el que se realizó la operación observada en fecha 25 de septiembre de 2008), cuyas partes pertinentes adjuntamos al presente memorial y que protestamos presentar posteriormente en fotocopia legalizada. Dicho manual señala claramente que el cálculo se realiza a 8 decimales y se redondea a cuatro (ver punto 5.4 Tabla de Valoración de Cartera de Agencias de Bolsa u Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión (SAFIS) - Archivo: MAAMMDDJ.BBB"

La Bolsa Boliviana de Valores S.A. (BBV), en virtud al referido manual del sistema de monitoreo que exige que la expresión de la tasas de interés sean a 4 decimales (se anexa la tabla del sistema de monitoreo), únicamente puede cargar en sus sistema la transacción de valores con cuatordécimales, por lo tanto la TIR expresada a cuatro decimales es: 7.1630%, tasa utilizada para la colocación primaria de los valores.

### **4.3. Análisis del Prospecto.**

*La Resolución ASFI N°001/2010 de 05 de enero de 2010 hace un análisis que peca de simplista al determinar que la tasa de colocación era de 7.16%. De un análisis del Prospecto de Emisión (reiteramos, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 741, de 23 de septiembre de 2008) se evidencia claramente que el único lugar en el que se consigna la referida tasa es en la tapa del prospecto que no es otra cosa que un resumen general del contenido específico del mismo.*

*Insistimos en que en las mesas de discusión, para la aprobación del referido Prospecto, se nos obligó a consignar la tasa de colocación de 7.16%, hecho al que accedimos puesto que la determinación exacta y específica de la tasa se encuentra dentro del texto del Prospecto que por definición de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 798 de 30 de diciembre de 2004 es el documento explicativo de las características y condiciones de una oferta pública de Valores y que constituye requisito para la autorización de esta por parte de la SPVS (actualmente ASFI). Deben notarse que el prospecto (incluida su tapa o resumen) es un solo documento que debe ser analizado tanto por el regulador como por los inversionistas en su totalidad y no por partes (descontextualizadas como en el presente caso).*

*Llama la atención que para la imposición de la sanción, la ASFI no ha analizado el contenido del Prospecto que claramente determina que la tasa de colocación es la TIR y que esa tasa se calcula a 8 dígitos y se expresa a 4, como ya habíamos explicado. Por lo tanto, al aprobar el Prospecto, el regulador ha aprobado, efectivamente esa tasa, es decir, TIR, calculada a 8 dígitos y expresada a 4.*

*Recordemos que en caso de contradicción se deben aplicar las reglas de interpretación reconocidas por la legislación nacional y en consecuencia lo particular debe ser aplicado con preferencia sobre lo general. En este caso (recalcamos) lo particular es el contenido en el Prospecto (descrito en el numeral 4.2. precedente) y lo general es el resumen contenido en la tapa del mismo. En consecuencia correspondía a PANAMERICAN colocar los Valores a la tasa señalada en el Prospecto (en función de lo explicado en el numeral 4.2 precedente) y, por lo tanto, ha dado cumplimiento a lo establecido en la Circular SPVS/IV/DI/N°37/2007 de 5 de septiembre de 2007."*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 174/2010 DE 05 DE MARZO DE 2010.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Fiscalización mediante Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010, resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 001/2010 de 05 de enero de 2010, con los siguientes fundamentos:



**“CONSIDERANDO:**

Que, el cargo notificado a PANAMERICAN SECURITIES S.A. se refiere al incumplimiento de la Circular SPVS/IV/DI/No.37/2007 de 5 de septiembre de 2007, puesto que dicha Agencia de Bolsa, como Agente Colocador de los Valores de Titularización SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, habría negociado en Mercado Primario los Valores de Titularización Serie SIW-TD-EU, a una tasa del 7.1630% cuando la tasa de colocación establecida en el prospecto era de 7.16%, existiendo una diferencia de 0.0030%.

Que, con relación a lo señalado en el numeral 4.1. **Consideraciones de orden general** expuestas por PANAMERICAN SECURITIES S.A. resulta necesario establecer que la Circular SPVS/IV/DI/No.37/2007 de 5 de septiembre de 2007, emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determina que "(...) para el caso de Colocaciones primarias, se establece que el Emisor no podrá hacer una oferta pública primaria a partir de una Tasa de Rendimiento nominal o de emisión, diferente a la establecida en su prospecto como tasa mínima de colocación"

Que, contrariamente a lo que señala PANAMERICAN SECURITIES S.A., en ninguna de las 75 páginas del prospecto de emisión del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA - NAFIBO 015 Serie SIW-TD-EU, se utilizó 4 u 8 dígitos en la TIR establecida como tasa de colocación en la mencionada emisión, por lo que resulta importante aclarar que la Tasa de Colocación o TIR con dos dígitos, se encuentran expuestas en la Tapa del Prospecto y en la página 34 en el punto 3. "Descripción de las Características de los Valores de Titularización de Contenido Crediticio".

Que, en lo referido a que la tapa del Prospecto no es otra cosa que un resumen general del contenido específico del mismo y que la determinación exacta y específica de la tasa se encuentra dentro del prospecto, tal como lo señala PANAMERICAN SECURITIES S.A., cabe señalar que de acuerdo al Manual de Prospectos, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/No.729 de 19 de diciembre de 2001, la información requerida en el contenido íntegro del Prospecto, referente a las características y condiciones de la oferta pública de la emisión, entre otras, debe cumplir con la condición de ser clara y veraz, por lo cual ningún dato dentro del mismo, deberá llevar al error o a confusión. Asimismo, la Agencia de Bolsa, argumenta que la tasa de colocación fijada en el contenido del Prospecto, corresponde a la Tasa presentada en su cuadro No. 6; empero de la revisión de dicho cuadro, se evidencia que, al igual que la tapa del Prospecto, el cálculo de la TIR se realizó a dos decimales; por lo que, al haberse consignado la tasa de colocación a 7.16% en el Prospecto, se entiende que es la tasa a la que debieron colocarse dichos valores de titularización

Que, de igual manera, el argumento de PANAMERICAN SECURITIES SA referido a que en reuniones informales efectuadas con el fin de autorizar el Prospecto de Emisión de los Valores de Titularización SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, "se les obligó a consignar la tasa de colocación de 7.16%", dicho argumento carece de respaldo, puesto que de acuerdo a la nota dirigida a NAFIBO Sociedad de Titularización SPVS/IV/DE/No.640/2008 de 25 de agosto de 2008, con copia a PANAMERICAN SECURITIES S.A., se hizo conocer el resultado de las observaciones realizadas a dicha estructuración, entre las cuales no figuraban observaciones a su tasa de colocación y mucho menos alguna restricción al número de decimales utilizados para fijar dicha tasa, puesto que la decisión y la responsabilidad de fijar la tasa de colocación le corresponde al estructurador y, en este caso le correspondía revisar a PANAMERICAN SECURITIES SA como responsable de la elaboración del Prospecto de Emisión, tomando en cuenta que de acuerdo a la normativa vigente y aplicable al caso, no existe restricciones legales que limiten la expresión de la tasa a dos decimales.

**CONSIDERANDO:**

Que, con relación a lo señalado en el punto 4.2. **la tasa de colocación**, lo señalado por PANAMERICAN SECURITIES SA. no hace otra cosa que confirmar la infracción cometida, ya que en su calidad de Agente Colocador y Responsable de la elaboración del Prospecto de Emisión de los Valores de Titularización SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, debía haber comunicado al estructurador el hecho de que al utilizar la tasa de colocación redondeada a dos decimales, plasmada en el Prospecto, el precio del Valor de Titularización a la fecha de emisión no igualaría al valor nominal, a fin de evitar distorsiones en el valor del título a la fecha de emisión.

Que, por otra parte, es importante señalar que todo el contexto del prospecto remitido al ente fiscalizador, referido al cálculo de los rendimientos y la TIR, contemplan dos decimales.

**CONSIDERANDO:**

Que, con relación a lo referido en el punto 4.3. **Análisis del Prospecto**, lo señalado por PANAMERICAN SECURITIES S.A., en relación al Manual de Monitoreo, se refiere al envío de información por parte de las Agencias de Bolsa y la Bolsa Boliviana de Valores a esta Autoridad y no así al voceo de la tasa en el Ruedo de Bolsa en mercado primario, por tanto el argumento no corresponde.

Que, de igual manera, señalan que la tasa utilizada para la colocación primaria fue diferente a la establecida en la tapa del Prospecto de Emisión, con la finalidad de alcanzar el precio de los Valores mencionados, en este entendido, PANAMERICAN SECURITIES SA. en su calidad de Agente Colocador y Responsable de la elaboración del Prospecto de Emisión de los Valores de Titularización SINCHI

WAYRA - NAFIBO 015, en vez de actuar de formadiscrecional, modificando la tasa de colocación primaria, debió comunicar de inmediato al estructurador esta irregularidad, a fin de dar cumplimiento a la Carta Circular SPVS/IV/DI/No. 37/2007 de 5 de septiembre de 2007.

**CONSIDERANDO:**

Que, el Informe Técnico ASFI/DSV/R-14309/2010 de fecha 17 de febrero de 2010, emitido por la Dirección de Supervisión de Valores, ratifica que la Agencia de Bolsa PANAMERICAN SECURITIES S.A, al negociar los Valores de Titularización SINCHI WAYRA - NAFIBO 015 serie SIW-TD-EU a una tasa diferente a la establecida en el Prospecto de Emisión, Incumplió lo establecido en la Carta Circular SPVS/IV/DI/No.37/2007 de 5 de septiembre de 2007.

**CONSIDERANDO:**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-20035/2010 de 03 de marzo de 2010, ha concluido señalando que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, no desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución recurrida, además que de acuerdo a lo establecido en el artículo 37 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, los recursos administrativos proceden contra toda resolución de carácter definitivo, de alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o tercer interesado, afecte o lesione sus derechos; sin embargo, de la revisión del recurso de revocatoria el recurrente no ha demostrado ni fundamentado las lesiones o perjuicios que causa a sus derechos subjetivos o intereses legítimos por lo que es preciso que señale de manera clara y precisa la relación de causalidad entre el hecho que le sirve de fundamento y la lesión causada al derecho o garantía.

Que, el cumplimiento de esta exigencia no se reduce a enunciar que se le hubieran lesionado derechos, sino, a explicar desde el punto de vista causal que esos hechos han lesionado sus derechos, hecho que no ha sido demostrado ni expuesto en el recurso de revocatoria, limitando simplemente a establecer que se hubiera vulnerado el principio de buena fe y de informalismo establecidos en la actividad administrativa...”

**4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 25 de marzo de 2010, PANAMERICAN SECURITIES S.A. Agencia de Bolsa, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010, expresando lo siguiente:

**“...4. RECURSO JERÁRQUICO**

#### **4.1 Sobre la anulabilidad de la RA-ASFI-174**

En su parte considerativa, lugar en el que se plasma la causa y motivación de un acto administrativo, la RA-ASFI-174 determina que "el informe Técnico ASFI/DSV/R-14309/2010 de fecha 17 de febrero de 2010, emitido por la Dirección de Supervisión de Valores, **ratifica que la Agencia de Bolsa PANAMERICAN SECURITIES S.A., al negociar los Valores de Titularización SINCHI WAYRA – NAFIBO 015 serie SIW-TD-EU a una tasa diferente a la establecida en el Prospecto de Emisión, incumplió lo establecido en la Carta Circular SPVS/IV/DI/No.37/2007 de 5 de septiembre de 2007.** (LAS NEGRILLAS SON NUESTRAS)

Un considerando más abajo, la RA-ASFI-174 dispone que "**La Dirección de Asuntos Jurídicos** mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-2003S/2010 de 03 de marzo de 2010 **ha concluido señalando que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, no desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución recurrida...**" [LAS NEGRILLAS SON NUESTRAS].

Ninguno de los dos informes que motivan y representan la causa de la RA-ASFI-174 figuran en la misma. Consecuentemente, consideramos oportuno recordar que la facultad de determinar el cumplimiento o incumplimiento y la facultad de determinar qué argumentos son válidos y cuáles no lo son, no es una facultad discrecional de la ASFI y mucho menos de las Direcciones Legal y de Supervisión de Valores, puesto que necesaria e imprescindiblemente deben enmarcarse en la ley y estar basadas en razones que, en forma clara y explícita, el ente regulador tiene la ineludible obligación de justificar y sustentar. De lo contrario el acto administrativo (en este caso la RA-ASFI-174) carecerá de causa y de motivación, elementos que de manera expresa son requeridos por los incisos b) y e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el numeral I del artículo 8 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Como dijimos anteriormente, la causa y la motivación de un acto administrativo (en este caso la RA-ASFI-174) se encuentran contenidas en la parte considerativa, la mera enunciación de un documento que es desconocido por el administrado no puede, de manera alguna, ser interpretado como exposición clara y precisa de la causa del acto administrativo y mucho menos como la motivación del mismo. Por mandato de la Ley de Procedimiento Administrativo, la falta de esos elementos importan la existencia de un vicio de anulabilidad en el acto recurrido. Tal es el caso de la RA-ASFI-174.

Los informes internos no son impugnables dentro de un proceso administrativo, pues no se trata de actos administrativos, sino de "actos de la administración" diferencia ampliamente explicada por la doctrina. Dichos actos tienen por finalidad orientar a la Autoridad para tomar una decisión, pero carecen de efecto vinculante sobre tal autoridad que puede, en última instancia, aceptarlos completamente, aceptarlos en parte o simplemente ignorarlos. Si no son, los informes internos, vinculantes para la Autoridad Administrativa, menos pueden serlo para los administrados que además los desconocen.

Consecuentemente, los informes citados en la RA-ASFI-174 son irrecurribles por parte de PANAMERICAN, hecho que coloca al administrado en una clara situación de indefensión (deconformidad con el inciso II del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo), puesto que sin conocer la causa ni la motivación del Acto Administrativo, no puede formular defensa, desvirtuar su contenido y, como explicamos ya, ni siquiera impugnar los desconocidos informes.

Asimismo, incumple el requerimiento del artículo 8 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo pues no fundamenta (en los hechos) el Acto (sic) Administrativo.

#### **4.2. Sobre la Inexistencia de Incumplimiento de la Circular SPVS/IV/DI/N°37/2007.**

La base sobre la que la ASFI sustentó, primero la imposición de una sanción pecuniaria, hecho que indudablemente afecta los derechos subjetivos e intereses legítimos de PANAMERICAN y luego la resolución motivo del presente recurso es una incorrecta apreciación de la Tasa de Colocación utilizada.

El Prospecto de Emisión, como ya se ha sostenido, define como "Tasa de Colocación" a la Tasa Interna de Retorno (TIR) y representa la rentabilidad que el inversionista recibiría si mantiene el título hasta su vencimiento. El cálculo de la TIR que se utilizó resulta en: 7.16298245%, tasa que resulta en el valor nominal de US\$ 558,000.00.

Si la TIR es expresada a dos decimales el redondeo es de 7.16%, de lo que resulta la tasa expuesta en la carátula del Prospecto y en el cuadro 5 del mismo. Si la TIR es expresada a 4 decimales, es de 7.1630%, tasa utilizada para la colocación de los valores. El motivo de la utilización de más o menos decimales (para expresar una misma tasa constante) (sic) se puede encontrar en la certificación de la Bolsa Boliviana de Valores la cual demuestra que únicamente puede realizarse negociaciones con tasa expresadas hasta cuatro decimales, tanto en el voceo como en el registro de la operación, por lo tanto para la colocación de los valores se utilizó la mayor cantidad de decimales posible (4) que cumpla con la definición de tasa de colocación expresada en el Prospecto (TIR).

Por lo tanto, 7.16%, 7.1630% y 7.16298245% son, en todo momento la TIR, expresada a dos, cuatro y ocho decimales, entonces no es posible concluir que PANAMERICAN ha realizado la colocación a una tasa diferente a la expresada en el Prospecto ya que en todo momento se utilizó la misma tasa (TIR) y simplemente ha realizado una simplificación en la tapa del prospecto (redondeando una tasa única a dos decimales) que de ninguna manera es inconsistente contradictoria con el resto del contenido del mismo.

En ese sentido rechazamos la aseveración de la ASFI en la Resolución que motiva el presente recurso en sentido que el cálculo de los rendimientos y de la TIR contempla únicamente dos decimales.

Nuevamente insistimos en todos los argumentos presentados en nuestro recurso de revocatoria en sentido de que:

1. La tasa de colocación que el prospecto establece es la tasa TIR.
2. La tasa TIR expresada a dos decimales que se encuentra en la carátula del prospecto, es un número referencial de la tasa TIR que debe ser la empleada en todo momento para la colocación. La determinación de poner la TIR a dos decimales fue instruida por la entonces autoridad reguladora (SPVS) en reuniones sostenidas con todos los participantes de la estructuración (reuniones que ahora la ASFI pretende desconocer), conforme lo demostraremos en el término probatorio que solicitamos se apertura (sic) de conformidad con el otrosí 2º de este recurso.
3. La tasa de colocación aplicada en la operación de colocación primaria en la Bolsa Boliviana de Valores S.A. fue la misma TIR expresada en 4 decimales como lo permite la normativa vigente de esta entidad (véase el certificado adjunto) y la misma definición de Tasa de Colocación del Prospecto.
4. Todo lo anterior demuestra que PANAMERICAN no ha incumplido la Circular SPVS/IV/DI/Nº37/2007 y por lo tanto no corresponde aplicar a PANAMERICAN sanción alguna.

#### **PETITORIO**

En mérito a lo anteriormente expuesto y a lo dispuesto por el Decreto Supremo No. 27175, de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, solicitamos respetuosamente a su autoridad que remita el presente Recurso y todos sus antecedentes al Ministro de Economía y Finanzas Públicas a objeto de que este acepte el presente Recurso Jerárquico y que lo resuelva revocando la Resolución ASFI No.174/2010 de fecha 05 de marzo de 2010 y, en consecuencia, revoque la Resolución Administrativa ASFI/No.001/2010 de fecha 05 de enero de 2010.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos técnicos y jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Como se puede apreciar el recurrente no solamente desarrolla aspectos legales que agravan sus pretensiones sino que también se circunscribe en consideraciones

técnicas dentro el mercado de valores debiendo emitirse pronunciamiento debidamente motivado a todos y cada uno de los agravios alegados tanto jurídicos como técnicos brindando al administrado la certidumbre jurídica de que fueron valorados y compulsados todos los argumentos expuestos en la impugnación realizada.

En este contexto el recurrente señala como agravio en impugnación jerárquica dos aspectos concretos por lo que corresponde valorarlos individualmente de acuerdo a lo manifestado.

### **1. Sobre la anulabilidad de la RA-ASFI-174.-**

El recurrente hace referencia a que los informes emitidos tanto por la Dirección de Supervisión de Valores (Inf. ASFI/DSV/R-14309/2010), como por la Dirección de Asuntos Jurídicos (Inf. ASFI/DAJ/R-20035/2010), que motivan la emisión de la Resolución Revocatoria ASFI N° 174/2010, no figuran en el precitado acto administrativo, consecuentemente este carece de motivación siendo causal de anulabilidad.

El principio de motivación de los actos administrativos conforme se ha establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009 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.*

*Por consiguiente 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 que motivo 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.

Por otro lado las Unidades Funcionales (Técnica y Legal) de las Administraciones Públicas, se encuentran delegadas para dar precisamente los elementos técnicos jurídicos necesarios para que la Autoridad Administrativa emita pronunciamiento que respalde su decisión, no siendo un requisito necesario en la motivación de la decisión que dichos respaldos sean transcritos a tiempo de la emisión del acto

administrativo, más aún si este cuenta con la relación suficiente de los hechos, valora los antecedentes y fundamentos expuesto y aplica adecuadamente la norma correspondiente.

Asimismo, es importante manifestar que la emisión de un pronunciamiento administrativo ha seguido un procedimiento establecido, desde la formación del expediente donde se encuentran insertos todos los antecedentes procesales que llevaron a la autoridad administrativa a tomar su determinación final, hasta el mismo pronunciamiento plasmado en la Resolución correspondiente. Estos antecedentes que forman parte del proceso, se encuentran a disposición de las partes en cualquier instancia procesal con el principal propósito de que las mismas tengan absoluta y total conocimiento de todas las actuaciones administrativas previas al Acto Definitivo, que conllevaron a la Administración Pública emitir pronunciamiento final.

De acuerdo a todo lo manifestado se tiene que revisados los antecedentes del expediente procesal administrativo, así como la Resolución Administrativa 174/2010 de 05 de marzo de 2010 se evidencia en primera instancia que los Informes técnico y legal ASFI/DSV/R-14309/2010 de 17 de febrero de 2010 y ASFI/DAJ/R-20035/2010 de 03 de marzo de 2010 respectivamente, se encuentran insertos en el expediente y conforman los demás antecedentes procesales que dieron lugar a la emisión de la Resolución Administrativa ahora impugnada.

Por otro lado, la Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010, hace referencia a cada uno de los puntos esgrimidos en el Recurso de Revocatoria presentados por PANAMERICAN SECURITIES S.A. realizando una valoración de acuerdo al análisis y criterio legal del regulador, motivando su decisión por cada uno de los agravios expuestos por el recurrente así como trayendo a colación los Informes técnico y legal ASFI/DSV/R-14309/2010 de 17 de febrero de 2010 y ASFI/DAJ/R-20035/2010 de 03 de marzo de 2010.

En conclusión se tiene que la Autoridad Fiscalizadora valoró los agravios presentados por PANAMERICAN SECURITIES S.A. y emitió pronunciamiento en base a los puntos expuestos por el recurrente y lo manifestado por sus unidades funcionales especializadas, no constituyendo una falta de motivación el no realizar una transcripción de los informes emitidos por estas, menos ser causal de anulabilidad una facultad discrecional de la Autoridad Administrativa transcribir actos procesales administrativos que no enervan la emisión del acto administrativo ni *suratio decidendi*.

## **2. Sobre la Inexistencia de Incumplimiento de la Circular SPVS/IV/DI/N° 37/2007.-**

El recurrente refiere aspectos legales y técnicos que corresponden ser valorados y analizados; es en este contexto que necesariamente se desarrollará tomando ambos aspectos, por lo que corresponde destacar lo siguiente:



Inicialmente debe quedar establecido que la Tasa Interna de Retorno (TIR) es la tasa de descuento a la cual los flujos futuros (de ingresos y gastos) son actualizados al período inicial, para así ser comparables entre sí y cuyo resultado final, denominado Valor Actual Neto es igual a cero. Es decir que los ingresos futuros son suficientes para cubrir el capital inicialmente desembolsado.

Los argumentos planteados por el recurrente, se muestran contradictorios, puesto que tanto en el descargo inicial, así como en el Recurso de Revocatoria, dichos argumentos se concentran en exponer, por qué razón la utilización de una tasa de descuento de 7,16% (idéntica a la consignada en la tapa del prospecto) de haber sido utilizada al inicio del ruedo, hubiese implicado que el Valor Actual Neto (VAN) sea positivo y distinto de cero (requisito para definir la tasa interna de retorno TIR) mientras que el uso inicial de la tasa 7,1630% (efectivamente utilizada) permitía que el VAN, si bien no era exactamente cero, presente al menos un valor positivo inferior a la unidad.

Es decir, tanto en el descargo como en el recurso de revocatoria, se concentra en explicar la relevancia e importancia de diferenciar las tasas 7,16% y 7,1630% por el efecto material que tenían al tratar de igualar los flujos futuros a un Valor Actual Neto de cero y en definitiva no afectar el precio del título valor negociado.

Sin embargo en el Recurso Jerárquico, el argumento es diametralmente opuesto, ya que se concentra en afirmar que el 7,16% es igual al 7,1630% puesto que ambos solo son el redondeo de un mismo criterio, cual es la Tasa Interna de Retorno.

En el mecanismo bursátil de oferta y demanda de la Bolsa de Valores, los intereses monetarios que devengan estos valores y las condiciones que deben respetarse al inicio de su oferta, sí existe una importancia capital y fundamental en iniciar el ruedo y su oferta a una tasa de 7,16% ó 7,1630%. Esto es así debido a que los mencionados rendimientos y en particular la tasa a la cual se devenguen, afectan definitivamente al valor o precio inicial del título negociado.

Si no se cumple el requisito de un Valor Actual Neto igual a Cero, entonces, el precio al cual se está negociando el título valor no sería igual a su valor nominal. Es decir, no se cumpliría el requisito de venta inicial "a la par".

En el presente caso y tal cual se establece en el párrafo tercero precedente, el uso de una tasa de 7,1630% generaba una distorsión menor a la que ocasionaba el uso de una tasa de 7,16%; toda vez que esta última determinaba que el VAN se aleje más de cero, que al utilizar la primera.

Independientemente de que la decisión tomada por PanamericanSecurities S.A. para iniciar la comercialización de los títulos a una tasa de 7,1630% haya reducido la distorsión causada en el precio del título valor, es importante destacar que dicha decisión no era una de sus atribuciones. Tal y como el Ente Supervisor destacó en el cuerpo de su Resolución, correspondía a la Agencia de Bolsa, comunicar tal hecho al

estructurador y revelar que la tasa consignada en la Tapa del Prospecto de emisión ocasionaba una distorsión en el precio inicial del título.

Esto si bien hubiera retrasado la emisión, su modificación (en el prospecto) o bien la reestructuración de la emisión era una necesidad mayor a la luz tanto del importante papel que juega el prospecto, en materia de información para el inversionista, así como la necesidad de contar con una estructuración óptima de la emisión.

La opción de reestructuración del producto, no deja de ser cierta, toda vez que en la audiencia solicitada por el recurrente y una vez expuestas las características financieras de la emisión, se observó que los flujos de intereses habían sido calculados también a dos decimales y no así a 4 u 8 como se pretende aplicar al resultado final para determinar la Tasa Interna de Retorno.

Es también financieramente cierto y comprobable, que la aplicación de más decimales a los flujos de intereses tomados en cuenta para el cálculo, (independientemente de que el pago efectivo sea únicamente al redondeo de 2 decimales) afectan el resultado final de la Tasa Interna de retorno incluso más allá de la simple diferencia de dos decimales como actualmente se discute.

No obstante lo anterior, la muestra más clara de que la reestructuración del producto era una opción, radica en que ni aún una tasa de 7,1630% determina que los flujos se igualen a cero en su valor actual y por tanto en definitiva si existió una afectación al precio del título valor, aun cuando esta haya sido pequeña.

Una vez aclarados los aspectos estrictamente técnicos, se puede afirmar que de lo que se trata aquí no es en realidad de la exactitud de un cálculo, sino más bien, de los efectos que tiene sobre el cumplimiento pleno de los requisitos formales que deben cumplirse en el mercado de valores, puesto que no se ha tomado en cuenta que el inversor (destinatario final del título) se guía por la información del prospecto y toma tal información como cierta y verdadera para tomar la decisión de su inversión.

Conforme lo define el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IVN<sup>a</sup> 798 de fecha 30 de diciembre de 2004:

*“Prospecto: Documento **explicativo de las características y condiciones** de una oferta pública de Valores (...) Dicho documento contiene la información relativa a los principales aspectos legales, administrativos, económicos y financieros del emisor, de los Valores objeto de la oferta **pública y de las condiciones de la oferta pública, para la toma de decisiones por parte de los inversionistas o del público** al que se dirige la oferta.”*(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por tanto no se tomó en cuenta los efectos de este cambio de tasas para las decisiones de inversión de los agentes económicos o público en general, puesto que

no es lo mismo invertir a una tasa de 7,1600% que a una tasa de 7,1630%. Esta diferencia por si misma puede determinar la decisión de invertir o no en un título valor.

De allí que en el presente contexto, no podemos afirmar (tal y como el recurrente lo hace) que 7,16% es simplemente el redondeo a dos dígitos de 7,1630%. Si bien ello puede ser cierto desde un punto de vista matemático, en el contexto que dichas tasas se aplican, determinan efectos importantes, como lo hemos anotado precedentemente, no solo en las decisiones de inversión del público en general, sino también en lo que hace a la estructuración de la mencionada oferta.

Finalmente y no por ello menos importante, la resolución del presente recurso nos permite aclarar la relevancia de las funciones del Agente de Bolsa como entidad Colocadora, así como el papel de asesor, los cuales y de cada actor en particular, a efectos de mantener un mercado transparente y competitivo.

Habiendo realizado una valoración técnica a lo manifestado por el recurrente corresponde ahora ingresar al ámbito jurídico ya que el mismo alega de forma categórica que no incumplió la disposición señalada en la Circular SPVS/IV/DI N° 37/2007 además de haber quedado en un acuerdo con la Autoridad Fiscalizadora en una reunión sostenida de incorporar dos decimales a los que figuraban en el prospecto.

En primera instancia, corresponde traer a colación lo establecido en la Circular SPVS/IV/DI N° 37/2007 que a la letra dice:

*“Mediante la presente, comunicamos a ustedes que para el caso de Colocaciones primarias, se establece que el Emisor no podrá hacer una oferta pública primaria a partir de una Tasa de Rendimiento nominal o de emisión, diferente en su prospecto como tasa mínima de colocación”*

De acuerdo a lo glosado tenemos que la mencionada disposición señala que la tasa de rendimiento nominal en una oferta pública no podrá ser diferente a la del prospecto que se presente.

Conforme a los antecedentes y lo expuesto por el recurrente tenemos la evidencia que la tasa de rendimiento nominal determinada en el prospecto de la oferta pública de colocaciones primaria es 7.16 %, tanto en la carátula del mismo como en el folio 34, punto 3ro “Descripción de las características de los valores de titularización de contenido crediticio, cuadro N° 5 referente al detalle de la Emisión de SINCHI WAYRA – NAFIBO 015. Contrario sensu a lo que en los hechos ocurrió y que fue admitido por el recurrente, la tasa de rendimiento nominal fue calculada en 7.1632%, por lo que de manera estrictamente positivista PANAMERICAN SECURITIES S.A. incumplió la tasa determinada en el prospecto con la calculada en los hechos, más allá de los eximentes que pudieren haber existido para aplicar una tasa diferente a la señalada en el precitado prospecto.

Cabe aclarar que la disposición regulatoria no establece ni restringe la cantidad de cifras que pueden ser utilizadas en las colocaciones primarias, ya que otorga la facultad al emisor de establecer de manera discrecional el monto y las cifras que creyere conveniente, empero esta cifra debe guardar absoluta concordancia entre la Tasa de rendimiento nominal real que se ofertara en el mercado con el prospecto presentado.

En este contexto tenemos que en materia de derecho existen eximentes de responsabilidad por causales no atribuibles al responsable o fuerza mayor la cual deberá ser analizada de acuerdo a lo manifestado por el recurrente.

Sin perjuicio del análisis técnico realizado líneas arriba, PANAMERICAN SECURITIES S.A. señala que se llevó a cabo una reunión con los personeros de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros exponiéndoles las causales del porque ellos deberían utilizar cuatro decimales para el cálculo de la Tasa Interna de Retorno llegando a señalar PANAMERICAN SECURITIES S.A. que fue un consenso con el órgano de regulación de que se aceptaría la inclusión de dos decimales a la colocación realizada.

En principio manifestar que revisados los antecedentes no se pudo evidenciar que existió una reunión llevada a cabo con la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – sobre el tema en cuestión – menos certificar los supuestos acuerdos a los que arribaron las partes intervinientes. Sin perjuicio de lo señalado en el eventual caso de que existieran antecedentes que acreditaran la reunión llevada a cabo, dicho acto no constituye un eximente de responsabilidad por parte del recurrente puesto que las normas, reglamentos, leyes ni ninguna otra disposición legal de carácter normativo es susceptible a ser discutida menos negociada, aún por el órgano que emitió dicha disposición legal debiendo limitarse solo a ser cumplida de acuerdo a lo que se dispone sin mayor tramite ni oposición al respecto.

En conclusión, PANAMERICAN SECURITIES S.A. realizó una oferta pública de intercambio de valores SINCHI WAYRA – NAFIBO 015 con una Tasa de Rendimiento Nominal diferente al prospecto presentado al órgano de regulación habiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aplicado la normativa de sanciones administrativas de acuerdo a lo determinado en derecho.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirma la Resolución Administrativa ASFI N° 001/2010 de 05 de enero de 2010 ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

AP/DJ N° 89/2010 DE 23 DE ABRIL DE 2010

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2010 DE 29 DE JUNIO DE 2010

## **FALLO**

**DESISTIMIENTO**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2010**

La Paz, 29 de junio de 2010

### **VISTOS:**

El memorial de desistimiento presentado interpuesto por **FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO**; el Recurso Jerárquico; la Resolución Administrativa AP/DJ N° 89-2010 de 23 de abril de 2010; los antecedentes que conforman el expediente elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 033/2010 de 24 de junio de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 06 de mayo de 2010 **FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 89-2010 de 23 de abril de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución



Administrativa/AP/DJ N° 241-2009 de 16 de diciembre de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 241-2009 de 16 de diciembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió:

**“PRIMERO.-I.** *Suspender el derecho al cobro del BOLIVIDA a la Beneficiaria **FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO**, titular de la Cédula de Identidad N° 2384015 La Paz y NUB 220163257, quien cobró el BOLIVIDA de las gestiones 1998 y 1999 antes de cumplir 65 años de edad.*

**II.** *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, deberá proceder a inhabilitar en la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), el registro de la indicada ciudadana.*

**III.** *Se salva la posibilidad de que la Beneficiaria **FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO** pueda aclarar su situación ante la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI.*

**SEGUNDO.-** *La Asociación Accidental la Vitalicia – BISA SAFI, una vez notificada con la presente Resolución Administrativa, deberá hacer entrega de una copia de la misma a la Beneficiaria **FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO** dejando constancia de este acto jurídico.*

**TERCERO.-** *BBVA Previsión AFP S.A., deberá remitir a la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI, dentro de los diez días hábiles administrativos a computarse desde la notificación con la presente Resolución, toda la documentación original o fotocopias legalizadas referidas a los pagos efectuados a la Beneficiaria y, si existiere, copia de la documentación de reclamo”*

Que, dicha Resolución mereció la interposición del Recurso de Revocatoria por parte de Felipa Lahorvda. de Buezo quien alegó Incompetencia de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, Prescripción de la infracción por haber transcurrido más de 10 años desde su comisión, vulneración al principio del *non bis in idem* y falta de fundamentación de la Resolución, solicitando que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones disponga el inmediato reconocimiento de su derecho a la Renta Universal de Vejez, Renta Dignidad.

Que, tramitada dicha impugnación revocatoria, mediante Resolución Administrativa AP/DJ N° 89-2010 de 23 de abril de 2010, notificada el 26 de abril de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 241-2009 de 16 de diciembre de 2009.

Que, una vez remitido el expediente administrativo, mediante carta AP/DJ/1304/2009(sic) de 11 de mayo de 2010, el Viceministro de Pensiones y Servicios

Financieros admitió el Recurso Jerárquico a través del Auto de Admisión de 12 de mayo de 2010.

Que, posteriormente dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 y atendiendo la solicitud de la recurrente, a través de carta MEFP/VPT/URJ-SIREFI N° 082/2010 de 15 de junio de 2010 se fijó para el día miércoles 23 de junio a hrs. 15:30 la exposición oral de fundamentos.

Que, sin embargo y antes de su verificativo Felipa Lahorvda. de Buezo mediante memorial de 22 de junio de 2010 presenta desistimiento, en mérito a los fundamentos que textualmente se desarrollan:

*“(...) Habiendo sido notificada legalmente con la nota de 15 de junio de 2010 MEFP/VPT/URJ-SIREFI N° 082/2010, para la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, es que mediante el presente memorial amparada en el Art. 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Art. 24 de la Constitución Política del Estado, tengo a bien desistir de la vía Administrativa, sin que el presente desistimiento a la prosecución de la presente vía, importe la renuncia a mi derecho de iniciar un nuevo procedimiento conforme a ley a fin de ejercitar mis derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, y toda vez que he iniciado un Proceso Civil Ordinario a fin de rectificar mi fecha y día de nacimiento, como acredito por las fotocopias adjuntas al presente memorial (...)”*

**CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, en ese sentido, la recurrente ha manifestado de manera expresa su voluntad libre y consentida para desistir de su pretensión y no continuar con la tramitación del presente recurso jerárquico.

Que, no habiendo afectación al interés público, ni verificado la existencia de terceros legítimos interesados, el desistimiento interpuesto por Felipa Lahorvda. de Buezo debe aceptarse de forma pura y simple, disponiéndose la conclusión extraordinaria del Procedimiento y consiguiente archivo de obrados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y artículo 35 del Decreto Supremo N° 27175.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad al artículo 35 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de

resolver el Recurso Jerárquico, podrá **ACEPTAR** el desistimiento de la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO UNICO.- ACEPTAR** el desistimiento al Recurso Jerárquico presentado por **FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO** contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 89-2010 de 23 de abril de 2010, declarando la conclusión del presente trámite, y disponer el correspondiente archivo de obrados.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

ASFI N° 181/2010 DE 11 DE MARZO DE 2010

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2010 DE 29 DE JUNIO DE 2010

**FALLO**

**ANULA**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2010**

La Paz, 29 de junio de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**; la Resolución Administrativa ASFI/Nº 181/2010 de 11 de marzo de 2010; los antecedentes que conforman el expediente elevado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los Informes Técnico y Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 004/2010 de 17 de mayo de 2010 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 032/2010 de 9 de junio de 2010 respectivamente, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 01 de abril de 2010, la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, legalmente representada por Federico José KnaudtOrro, conforme al Testimonio

de Poder N° 101/2008 otorgado en fecha 13 de febrero de 2008 por ante Notaria de Fe Pública N° 056 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 181/2010 de 11 de marzo de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010 modificada por la Resolución Administrativa ASFI N° 103/2010 el 04 de febrero de 2010, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-32413/2010 de 6 de abril de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió, en fecha 07 del mismo mes y año, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 181/2010 de 11 de marzo de 2010, recurso que fue admitido a través del Auto de Admisión de 12 de abril de 2010.

### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 007/2010 DE 12 DE ENERO DE 2010.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 007/2010 de 12 de enero de 2010, modificada por Resolución Administrativa ASFI/N° 103/2010 de 04 de febrero de 2010, notificada el 18 de enero de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

*“**PRIMERO.-** Sancionar a la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us. 8.000.—(Ocho Mil 00/100 Dólares Americanos) por inobservancia de la Ley del Mercado de Valores, la Regulación para Bolsas de Valores aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 762 de 21 de septiembre de 2005, el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296 de 24 de noviembre de 2006 y la normativa interna de la Sociedad descrita en la presente resolución, en aplicación a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 26156.*

***SEGUNDO.-** El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberá remitirse copia del comprobante de pago dentro del plazo de los quince (15) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa”.*

#### **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 09 de febrero de 2010, la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A., interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 007/2010 modificada por la Resolución Administrativa ASFI N° 103/2010, memorial que

no se transcribe porque en él se replican todos los fundamentos contenidos en el Recurso Jerárquico.

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 181/2010 DE 11 DE MARZO DE 2010.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 181/2010 de 11 de marzo de 2010, notificada el 18 de marzo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 007/210 de 12 de enero de 2010, basándose en los siguientes fundamentos:

#### **“CONSIDERANDO:**

*Que, con relación al cargo 1 referido al registro de Valores sin contar con la previa autorización de la ASFI, es necesario aclarar que la Bolsa Boliviana de Valores S.A., inscribió los Valores 'Hotel Europa NAFIBO 011' y las 'Acciones suscritas y pagadas de FFP Fassil S.A.', en base a documentos que, de acuerdo a la normativa no son suficientes para el Registro y negociación de estos Valores. La BBV S.A. hace mención que registró estos valores en base al conocimiento de la existencia de la Resolución Administrativa N° 333/2008 de fecha 09 de abril de 2008 y, en base a una fotocopia simple de la Resolución Administrativa N° 29/2009 de fecha 10 de junio de 2009.*

*Que, el inciso i) del artículo 33 de la Ley N° 1834 del Mercado de valores del 31 de marzo de 1998, establece que las Bolsas de Valores tienen la obligación de aceptar en sus registros, valores para ser ofrecidos públicamente, cuando éstos y su emisor se encuentren inscritos en el Registro del Mercado de Valores.*

*Que, el artículo 24 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, establece que los actos administrativos se presumen válidos y producen efectos jurídicos desde la fecha de su notificación o publicación, según se trate de actos de alcance particular o general.*

*Que, de la revisión de las pruebas presentadas por BBV S.A. se evidencia en el Acta 07/2008, Acta de la Reunión del Comité de Inscripción del Directorio de la BBV S.A. fue celebrada a horas 04:00 p.m. de fecha 09 de abril de 2008, es decir 2 horas antes de efectuada la notificación a NAFIBO Sociedad de Titularización con la Resolución Administrativa SPVS N° 333/2008. De igual manera el Acta N° 06/2009, que tiene como punto único la Inscripción de Acciones suscritas y pagadas del Fondo Financiero Privado Fassil S.A. fue celebrada a horas 09:30 a.m. del día viernes 12 de junio de 2009, siendo que recién a horas 10:53 a.m. se notificó al FFP Fassil S.A con la Resolución ASFI N° 029/2009.*

*Que, de igual manera la documentación obtenida durante la inspección evidencia que la Resolución Administrativa SPVS N° 333/2008 de fecha 9 de abril*



de 2008, fue recepcionada por la BBV S.A. el 10 de abril a horas 8:40 a.m. y la Resolución ASFI N° 29/2009 el 12 de junio de 2009 a horas 11:21 a.m.

Que, por otra parte, el artículo 36 de la Regulación para las Bolsas de Valores aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762/2005 de 21 de septiembre de 2005, establece que '(...) la Bolsa de Valores exigirá a los emisores la presentación de una copia legalizada de la Resolución Administrativa que autoriza la oferta pública de sus Valores'.

Que, asimismo, el numeral l) del inciso h) apartado ii) del artículo IV.9 del Reglamento Interno de Registro de Operaciones de la BBV S.A., establece que 'Para considerar la inscripción de emisiones individuales de instrumentos financieros para su negociación y cotización la BBV S.A. deberá contar con la copia legalizada de la Resolución Administrativa del Ente Regulador (...)'

Que, consecuentemente las inscripciones realizadas por parte de la BBV S.A., sin ser debidamente notificados con la autorización por parte de la Autoridad de Supervisión, vulneran flagrantemente la normativa vigente, por lo que, se ratifica el incumplimiento.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, con relación al cargo 2 referido a la falta de comunicación por parte del Oficial de Cumplimiento, (de) la modificación a la Normativa, es necesario considerar que el inciso c) del artículo 31 de la Regulación para Bolsas de Valores, aprobado con Resolución Administrativa N° 762/05 de fecha 21 de septiembre de 2005, establece que una de las funciones del Oficial (de) Cumplimiento es comunicar oportunamente al Directorio las modificaciones que existan en la normativa aplicable que regula la actividad de la bolsa.

Que, de acuerdo a la disposición antes citada, la naturaleza de la función del Oficial de Cumplimiento, es controlar el cumplimiento de la normativa y si existieran incumplimientos a la misma éste debería comunicar estos extremos al Directorio de la entidad. Esta función específica, establecida en la norma, no puede ser delegada a otra instancia de la organización.

Que, el hecho que la BBV S.A. posea un mecanismo de comunicación masivo por medios electrónicos web y mail de hechos relevantes, no constituye una función principal, adicional ni supletoria del Oficial de Cumplimiento, más aún según el Manual de Funciones de la entidad, la actividad de administración y actualización de la información difundida a de(sic) través de la web, es una función del analista de Información 'A' dependiente de la Dirección de Desarrollo e Información, por tanto, no existe evidencia documentaria que demuestre que el Oficial de Cumplimiento haya comunicado oportunamente al Directorio de la BBV S.A., sobre las modificaciones a la normativa aplicable que

regula la actividad de la bolsa, realizada por la Autoridad de Supervisión durante las gestiones 2008 a mayo 2009, por tanto, se ratifica el incumplimiento.

**CONSIDERANDO:**

Que, en relación al cargo 3 referido a que no se habría incluido en el Programa de Cumplimiento, mecanismos a través de los cuales se asegure la capacitación permanente sobre el marco normativo a funcionarios BBV S.A., es necesario establecer que esta labor es función indelegable del Oficial de Cumplimiento. La materialización de esta función debe contar con la aprobación del Directorio.

Que, el artículo 27 de la Regulación para Bolsas de Valores aprobado con Resolución Administrativa N° 762/05 de 21 de septiembre de 2005, establece que el Programa de Cumplimiento deberá contener mecanismos a través de los cuales se asegure la capacitación permanente a los funcionarios de la Bolsa Boliviana de Valores y del Mercado de Valores.

Que, en este entendido, durante la inspección se evidenció que los programas de cumplimiento de las gestiones 2008 y 2009 no contienen mecanismos a través de los cuales se asegure la capacitación permanente a los funcionarios de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., sobre el marco normativo que regula las actividades de la Bolsa de Valores y del Mercado de Valores, tal como lo establece específicamente el artículo precedentemente señalado, por lo que se ratifica el incumplimiento.

**CONSIDERANDO:**

Que, con relación al cargo 4 referido al registro y contabilización de los Puestos de Bolsa, sobre los fundamentos expresados por la BBV S.A. respecto a que los Puestos de Bolsa constituyen cuentas de orden para esa entidad, no son objeto del cargo imputado, por lo tanto no amerita su revisión.

Que, con relación a que por decisión de la Junta de Accionistas se estableció el valor de Bs. 1.- para los Puestos de Bolsa, no adjuntan la documentación que respalde esta afirmación, lo cual contraviene el Manual de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS N° 1296/2006, que señala en el apartado 'Débitos' de la cuenta 801.06 'Otras cuentas de registro' que por el registro y custodia de valores bursátiles sin oferta pública, documentos y otras cuentas de registro, deben ser registradas a valor nominal.

Que, en este entendido, no es correcto el análisis que realiza la BBV S.A. respecto a lo descrito por el Manual de Cuentas, sobre la Cuenta de Registro 801.06 y no es evidente que la descripción del Manual de Cuentas, en la cuenta antes señalada, respalde el criterio asumido por esta institución, dado que en

*todo el Capítulo de las Cuentas de Registro Deudoras del Manual de Cuentas 800, se contempla que su registro debe ser a valor nominal o a valor facial del documento.*

*Que, es necesario aclarar a la BBV S.A., que todo hecho económico que se ha registrado en cuentas de orden o de registro, no implica una acción voluntaria de registrar o no en los Estados Financieros del ente regulado, más bien constituye y conlleva a una responsabilidad del regulado de presentar y proporcionar Estados Financieros del ente, al público inversionista y a los usuarios de los Estados Financieros en general, una mejor información financiera lo más real y exacta posible, por lo que se ratifica el incumplimiento.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, en relación al cargo 5 referido al hecho que no se hubieran regularizado las partidas pendientes de conciliación, la Bolsa Boliviana de Valores S.A. manifiesta en la impugnación formulada que no habría contado con información de terceros para efectuar su conciliación sin embargo no documenta ninguna acción de solicitud de información a los beneficiarios de los cheques, para poder regularizar los cheques en tránsito, con el propósito de cumplir con la disposición.*

*Que, esta omisión contribuye a tener registros de cheques como pagador, sin que los mismos hayan sido cobrados por los beneficiarios y en los casos identificados no tendrían posibilidad de cobro al estar estos cheques vencidos en su vigencia.*

*Que, en este entendido, el Manual Único de Cuentas, es claro al señalar en la Descripción de la cuenta 101.02 'Disponible' que las partidas pendientes de conciliación de las cuentas corrientes en bancos del país, deberán ser regularizadas en un plazo no mayor a treinta días; y en bancos del exterior en un plazo no mayor de 60 días desde la fecha de origen, sin excepciones. Por tanto, se ratifica el incumplimiento.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, en relación al cargo 6, referido a que no se habría efectuado las conciliaciones bancarias, la Bolsa Boliviana de Valores S.A., en sus fundamentos manifiesta que esta observación se habría subsanado, dado que las conciliaciones bancarias de la cuenta del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. se habrían presentado con la carta de descargos, reconociendo con este argumento, que hubo incumplimiento al Manual de Cuentas, ya que a la fecha de la inspección no contaba con dichas conciliaciones y que posteriormente fue regularizada.*

Que, el Manual Único de Cuentas establece claramente, en el segundo párrafo de la 'Descripción' de la cuenta 101.02 'Disponible', que los saldos de estas cuentas deberán ser conciliadas con los extractos bancarios al menos una vez al mes, situación que no ha ocurrido en la cuenta arriba mencionada de la BBV S.A. por lo que se ratifica el incumplimiento.

**CONSIDERANDO:**

Que, con relación al cargo 7, referido al registro del desarrollo del Sistema Mercado Electrónico Bursátil (MEB) la Bolsa Boliviana de Valores S.A., en sus fundamentos manifiesta que esta observación habría sido regularizada, al realizar la reclasificación de la cuenta 130.02.09.1.01 "Valor de costo actualizado proyectos en desarrollo MN", asimismo habría reclasificado la cuenta regularizadora referida a las amortizaciones de las cuentas mencionadas, reconociendo con este argumento que hubo un incumplimiento al Manual de Cuentas, ya que a la fecha de la inspección la cuenta observada se encontraba registrada inadecuadamente. Por lo que se ratifica el incumplimiento.

**CONSIDERANDO:**

Que, con relación al cargo 8, referido al Registro del Desarrollo del Sistema MEB la Bolsa Boliviana de Valores S.A. en sus fundamentos manifiesta y hace alusión a la carta SPVS/IV/C-077/2004, en la que se le autoriza a esa entidad amortizar contablemente el proyecto MEB en 10 años, sin embargo; la BBV S.A. no considera que con la emisión de un nuevo Manual de Cuentas aprobado con Resolución Administrativa SPVS 1296/2006 y que entró en vigencia en la gestión 2007, la instrucción particular que en su momento podía ser aplicada, no puede estar vigente, dado que el nuevo Manual de Cuentas es disposición de alcance general y jerárquicamente superior a cualquier otra instrucción emitida con carta.

Que, por otra parte, es importante aclarar que del análisis a los Estados Financieros de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. desde enero de 2007 hasta el 31 de julio de 2009, la entidad contabilizó el desarrollo del Sistema MEB (Mercado Electrónico Bursátil), en la cuenta 130.02.03 'Valor de costo actualizado de programas de computación', y recién regulariza en los Estados Financieros de agosto de 2009, reclasificando los saldos en la cuenta que le da la opción de solicitar la ampliación del plazo de amortización, no obstante, la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 1296/06 que aprueba el nuevo Manual de Cuentas, entró en vigencia el primero de enero de 2007, demostrando la BBV S.A., un desconocimiento a la integridad del Manual de Cuentas y por ende a lo dispuesto en el segundo párrafo de la descripción de la cuenta 130.02.03.

Que, al no existir evidencia documentaria que demuestre que la Bolsa Boliviana de Valores S.A. tiene una solicitud de ampliación de plazo de amortización y que esta entidad posee la no objeción por parte de esta Autoridad para el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 al 31 de mayo de 2009, se ratifica el incumplimiento al Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, en lo dispuesto en el segundo párrafo de la 'Descripción' de la cuenta 130.02.03 'Valor de costo actualizado de programas de computación'.

Que, asimismo a partir de la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296/2006 que entró en vigencia en la gestión 2007, la BBV debe aplicar lo previsto en la normativa vigente, pues se trata de la emisión de una disposición de alcance general y jerárquicamente superior a la instrucción particular temporal que en su momento debía ser aplicada.

Que, el artículo 18 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, dispone que las Resoluciones Administrativas son de carácter general cuando sus determinaciones y efectos jurídicos alcanzan a la totalidad, a un sector o a un conjunto determinado de sujetos regulados. Por tanto, la BBV S.A. No cuenta con facultades o funciones de discriminar cuales son las obligaciones generales que debe cumplir, más cuando la Resolución ha sido legalmente notificada con carácter general para el Mercado de Valores.

**CONSIDERANDO:**

Que, con relación al cargo 9 referido al registro incorrecto de los Gastos de Organización, los fundamentos y la documentación de respaldo anexada al Recurso de Revocatoria relativo a los gastos de organización correspondientes al módulo de recodificación de valores y al módulo para valores con tasas diferenciadas, contabilizados en la cuenta 130.02.05 'Valor de costo actualizado gastos de organización', reflejan el cumplimiento de esta obligación por lo que se deja sin efecto el incumplimiento imputado, ya que se ha remitido el Contrato de Soporte Técnico y Mantenimiento de fecha 1 de marzo de 2006.

**CONSIDERANDO:**

Que, en relación al cargo 11 la BBV S.A. manifiesta que el Código de Ética tuvo un proceso largo de aprobación e implementación y que se requería de la conformación de un Comité de Ética, el cual fue conformado recién el 23 de julio de 2009, sin embargo, la BBV S.A. no considera lo establecido en el capítulo IX de las disposiciones finales del Código de Ética que en el artículo primero, establece que dicho Código entrará en vigencia a partir de su aprobación por el Directorio, situación que se dio en la gestión 2007, mediante Acta de Directorio N° 12/2007.

*Que, en este entendido, se debe señalar que el artículo 18 de la Regulación para Bolsas de Valores aprobado con Resolución Administrativa N° 762/05 de fecha 21 de septiembre de 2005, establece que las Bolsas tienen la obligación y responsabilidad de ejecutar, cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores, sus disposiciones reglamentarias, su propio Reglamento Interno de Registro y Operaciones y toda su normativa interna.*

*Que, al no existir evidencia documentaria al momento de la inspección que demuestre que la Bolsa Boliviana de Valores S.A., solicitó a través del Comité de Ética a los funcionarios y directores de la entidad la documentación que hace referencia los numerales 2, 3 y 4 del artículo 8 del Código de Ética de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y que al 31 de mayo de 2009, no existe constancia documentaria que los funcionarios y el Directorio de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., hayan recibido el Código de Ética de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. se ratifica el incumplimiento a los numerales 2, 3 y 4 del Artículo 8 del Código de Ética y en consecuencia, el artículo 18 de la Regulación para Bolsas de Valores aprobada con Resolución Administrativa N° 762/05 de 21 de septiembre de 2005.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, en relación al cargo 13 referido a que no se contaría con una Guía de Aplicación de Roles, la BBV S.A. en su fundamento manifiesta que este documento extrañado habría sido aprobado recién el 31 de julio de 2009 y que se considera un hecho subsanable, sin embargo, es importante hacer notar que al margen del descuido que tiene la BBV S.A. en la custodia de su documentación, la aprobación de esta Guía para la Asignación de Roles que contemple la jerarquía de usuarios de la institución y sobre el cual se asigne derechos y permisos sobre los sistemas a todos los usuarios de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., fue posterior a la inspección realizada por funcionarios de la ASFI a esta institución, reconociendo con este argumento, que hubo un incumplimiento en los numerales 1,2,3,4,5 y 6 del inciso d) 'Políticas de Acceso a información', de las Políticas de Seguridad de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. por lo que se ratifica el cargo.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, con relación al cargo 14, la Bolsa Boliviana de Valores S.A. en su fundamento manifiesta que su Directorio tiene las facultades amplias para todos los efectos de la inscripción de Valores que han sido delegadas al Comité de Inscripciones y que no existe ninguna prohibición para que el Comité otorgue plazos a los emisores, desde el punto de vista del Derecho Privado. Sin embargo la BBV S.A. no considera que es una institución regulada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y que su normativa y comportamiento para con su actividad, debe someterse a lo establecido por (la) Ley del Mercado de*

Valores y sus propios Reglamentos. Es decir, que ninguna normativa interna que contenga en términos generales la otorgación de funciones o facultades amplias y generales, debería ser contraria a la normativa regulatoria o implique contravenir el ordenamiento administrativo establecido por una norma de mayor jerarquía.

Que, por otra parte, el inciso f) del numeral II del Artículo 1.12 del Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., vigente al 31 de mayo de 2009, establece que el Comité de Inscripciones tiene otras funciones establecidas por el Directorio; sin embargo, durante la inspección no se pudo evidenciar que en el marco de dicha normativa el Directorio de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., haya otorgado a dicho Comité funciones o facultades expresas de ampliación de plazos adicionales para la presentación de resoluciones administrativas de registro y autorización de emisiones de valores de oferta pública y otra documentación legal inherente al proceso de inscripción. Por lo que al no poder evidenciar que el Directorio de la BBV S.A., haya otorgado al Comité de Inscripción, funciones o facultades expresas de ampliación de plazos adicional para la presentación de resoluciones administrativas de registro y autorización de emisiones de valores de oferta pública y otra documentación legal inherente al proceso de inscripción, se ratifica el incumplimiento al Artículo 1.12 del Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. que no contempla esta facultad, y en consecuencia, el Artículo 18 de la Regulación para Bolsas de Valores, aprobada con Resolución Administrativa N° 762/05 de 21 de septiembre de 2005.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, en relación al cargo 15, la BBV S.A. en su fundamento manifiesta que el Libro de Registro de Puestos de Bolsa se encuentra en proceso de subsanación, reconociendo con este argumento que hubo un incumplimiento al Reglamento Interno de Registro de Operaciones vigente al 31 de mayo de 2009, que establece claramente llevar un registro de los Puestos de Bolsa, en el cual relacionara la fecha de emisión, el nombre del titular, la dirección para notificación, además de las transferencias efectuadas, el precio de adquisición y cualquier acto jurídico u orden de la autoridad competente relacionado con ello.

Que, se debe considerar que, conforme se evidencia en los descargos presentados por la entidad con nota BBV GG N° 1647/09, en los folios 2, 24, 17 y 26 claramente se advierte en el Libro de Registro de Puesto de Bolsa dos tipos de precio, el 'precio de transferencia' y el 'precio de adquisición', la observación se refiere a que dicho libro no registra la fecha de emisión, la dirección para notificación del titular y el precio de adquisición. Por tanto, se ratifica el incumplimiento al artículo II.10 del Reglamento Interno de Registro y

Operaciones y en consecuencia, el Artículo 18 de la Regulación para Bolsas de Valores, aprobada con Resolución Administrativa N° 762/05 de 21 de septiembre de 2005.

**CONSIDERANDO:**

Que, en lo referido a la inadecuada aplicación del criterio de concurrencia de infracciones establecido en el artículo 7 del Reglamento de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, resulta necesario señalar que el texto contenido en la Resolución emitida por la Autoridad de Supervisión muestra de manera clara e inequívoca cuales fueron las contravenciones e infracciones detectadas.

Que, el artículo 7 inciso c) del Decreto Supremo N° 26156 establece que 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 esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento de dicha sanción.

Que, consecuentemente en el presente caso la calificación de la sanción, corresponde a la contravención más grave, siendo esta el incumplimiento al artículo 33 inciso i) de la Ley del Mercado de Valores.

Que, es necesario advertir que en el presente proceso sancionatorio se actuó en estricta sujeción a los principios establecidos en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y en observancia de los principios sancionatorios establecidos en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 26156, sin embargo resulta hacer(sic) necesario algunas precisiones:

- La actividad administrativa se rige, entre otros principios, por el de legalidad, principio que prevé el establecimiento de una norma que predetermine la infracción y la sanción, aspectos que no son observados en la resolución recurrida.
- La aplicación de la sanción al caso particular, reviste y otorga seguridad con la aplicación de sanciones a infracciones específicas que se encuentran claramente determinadas en el Decreto Supremo N° 26156, evitando ambigüedades y arbitrariedades por parte de esta Autoridad de Supervisión.
- La concurrencia de infracciones, señalada expresamente en el artículo 7 inciso c) del Decreto Supremo N° 26156, la falta de diligencia observada en el actuar de la BBV S.A. no consideran para la aplicación de la sanción de amonestación como manifiesta la entidad.



*Que, el principio de proporcionalidad, en materia sancionadora, implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer.*

*Que, de acuerdo a lo desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, '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 inmanente(sic) 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'.*

*Que, la Administración Pública debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido. En este sentido, 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.*

*Que, el Reglamento de Sanciones del Sector de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156, establece en su artículo 7 inciso c) que 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 esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento de dicha sanción.*

*Que, bajo este contexto, y de acuerdo a lo expuesto en(sic) precedentemente, la infracción más grave es la establecida en el cargo 1, y es incrementada en un 50% sumando una multa total de \$us. 8.000.--, por lo que la revisión de la modulación del cargo 9 no afecta ni determina la revisión de la sanción impuesta mediante Resolución ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, la Dirección de Supervisión de Valores mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-17155/2010 de fecha 24 de febrero de 2010 determina ratificar todos los incumplimientos e infracciones sancionadas a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. en la Resolución Administrativa ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010.*

*Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante informe legal ASFI/DAJ/R-23443/2010 de 11 de marzo de 2010, ha concluido señalando que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria y la prueba presentada*

por BBV S.A., con relación al cargo 9), desvirtuaron la calificación de la infracción cometida, ya que se ha registrado correctamente en el Valor de Costo Actualizado Gastos de Organización el Manual Único de Cuentas, manteniéndose inalterables el incumplimiento de los demás cargos (...)

**RESUELVE:**

**ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE**, la Resolución ASFI No. 007/2010 de 12 de enero de 2010, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejando sin efecto el incumplimiento establecido en el cargo 9, determinando a la vez, que en aplicación del concurso de infracciones, la multa impuesta en el artículo primero de la Resolución impugnada quede ratificada de acuerdo a los criterios establecidos en la presente Resolución.”.

**4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Por memorial presentado el 01 de abril de 2010 la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 181/2010 de 11 de marzo de 2010, notificada el 18 de marzo de 2010, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010, en mérito a los siguientes fundamentos:

**“2. OPORTUNIDAD PARA INTERPONER EL RECURSO.**

*En fecha 18 de marzo de 2010 fuimos notificados con la Resolución ASFI/N° 181/2010 de 11 de marzo de 2010 (en adelante la R-ASFI-181), a través de la cual la ASFI resolvió:*

**‘CONFIRMAR PARCIALMENTE**, la Resolución ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejando sin efecto el incumplimiento establecido en el cargo 9, determinando a la vez, que en aplicación del concurso de infracciones, la multa impuesta en el artículo primero de la Resolución impugnada quede ratificada de acuerdo a los criterios establecidos en la presente resolución’  
(Las negrillas son originales del texto citado)

*En consecuencia, dentro del plazo establecido por el Parágrafo II del Artículo 66° de la Ley de Procedimiento Administrativo, presentamos el presente Recurso Jerárquico contra la R-ASFI-181 de acuerdo a los siguientes argumentos:*

**3. ANTECEDENTES.**

**3.1. Formulación de Cargos.**

*En fecha 11 de diciembre de 2009, fuimos notificados con la Nota ASFI/DSV/R-64428/2009 de 7 de diciembre de 2009, mediante la cual la ASFI formuló 15*

cargos en contra de la BBV por el supuesto incumplimiento de distintas normas de orden administrativo. En mérito a lo anterior la ASFI otorgó a la BBV un plazo de diez (10) días hábiles administrativos para la presentación de los descargos que correspondiesen.

### **3.2 Presentación de Descargos.**

Mediante nota Cite BBV-GG N° 1647/09 de fecha 28 de diciembre de 2009, la BBV, dentro del plazo otorgado, puso a consideración de la ASFI los descargos a cada uno de los cargos que le fueron formulados.

### **3.3 Imposición de multa. Resolución ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010.**

Según señala la parte considerativa de la Resolución ASFI/N° 007/2010 de 12 de enero de 2010 (en adelante R-ASFI-007), la Jefatura de Control de Intermediarios de la Dirección de Supervisión de Valores, así como la Dirección de Supervisión de Valores de la ASFI, emitieron los informes ASFI/DSV/R-1393/2010 de fecha 7 de enero de 2010 y ASFI/DSV/R-2697 de 11 de enero de 2010 respectivamente, en mérito a los cuales dicha institución reguladora resolvió sancionar a la BBV, correspondiendo, de acuerdo a la ASFI, la calificación de la sanción a la contravención más grave, siendo ésta el incumplimiento del Artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, la cual se sujeta al primer rango previsto por el artículo 13 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 (en adelante el Reglamento de Aplicación de Sanciones).

En este sentido la ASFI resolvió:

*'Sancionar a la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us. 8.000.- (Ocho Mil quinientos 00/100 Dólares Americanos) por inobservancia de la Ley del Mercado de Valores, la Regulación para Bolsas de Valores aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 762 de 21 de septiembre de 2005, el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296 de 24 de noviembre de 2006 y la normativa interna de la Sociedad descrita en la presente resolución, en aplicación a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 26156'.  
(Las negrillas son originales del texto citado).*

Posteriormente, en fecha 04 de febrero de 2010 fuimos notificados con la Resolución ASFI/N° 103/2010 de 04 de febrero de 2010 (en adelante la R-ASFI-103), a través de la cual la ASFI resolvió modificar el artículo primero de la Resolución ASFI/N° 007/2010 de 12 de enero de 2010 de la siguiente manera:

**'PRIMERO.-Sancionar a la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a \$us, 8.000.—(Ocho Mil 00/100 Dólares Americanos) por inobservancia de la Ley del Mercado de Valores, la Regulación para Bolsas de Valores aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 762 de 21 de septiembre de 2005, el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV- N° 1296 de 24 de noviembre de 2006 y la normativa interna de la Sociedad descrita en la presente resolución, en aplicación a lo dispuesto en el Decreto supremo N° 26156'.**  
(Las negrillas son originales del texto citado).

### **3.4 El Recurso de Revocatoria interpuesto por la BBV.**

Teniendo en cuenta la multa impuesta por la ASFI mediante la R-ASFI-007, la BBV presentó un Recurso de Revocatoria en contra de dicha resolución, planteando los siguientes argumentos:

#### **3.4.1. Consideraciones de orden general.**

Consideramos necesario que de manera previa a la exposición de los argumentos sobre los que se basa el presente Recurso de Revocatoria, hagamos mención a los siguientes temas de orden fundamental respecto del accionar de la ASFI a momento de emitir la R-ASFI-007.

##### **3.4.1.1 Inadecuada aplicación del Criterio de Concurrencia de Infracciones establecido en el Artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.**

El inciso c) del Artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones dispone que cuando concurren varios actos, hechos u omisiones que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, el ente regulador debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave cometida por el regulado. Por otro lado, la parte considerativa (Pág. 30) de la R-ASFI-007 textualmente señala:

*'Que, la calificación de la sanción de acuerdo al Reglamento de aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, corresponde a la contravención más grave siendo ésta, el incumplimiento al artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores por la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A., la cual se sujeta al primer rango previsto por el artículo 13 del decreto supremo N° 26156, con la única finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores'.*  
(Las negrillas son originales del texto. El subrayado es nuestro)

El Artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores señala una serie de obligaciones (doce obligaciones), a las que se encuentran sometidas las Bolsas de Valores en Bolivia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la ASFI, en su calidad de ente regulador del Mercado de Valores debió, a momento de aplicar una sanción a la BBV, puntualizar de manera específica el incumplimiento a cuál de todas las obligaciones establecidas en el Artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores se refiere como contravención más grave cometida, ya que fue éste ('...el incumplimiento al artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores...'), el argumento utilizado por la señalada institución para aplicar la multa que aplicó a la BBV mediante la R-ASFI-007.

Debemos recordar que según establece el inciso e) del Artículo 28° de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Fundamento es uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo, razón por la cual se hace necesaria la revocatoria de la R-ASFI-007 a fin de, por lo menos, salvar la señalada carencia (falta de Fundamento) en dicho acto administrativo.

#### **3.4.1.2 Falta de aplicación de los principios sancionatorios contenidos en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.**

El Artículo 11° del Reglamento de Aplicación de Sanciones indica que el regulador debe aplicar las sanciones señaladas en el mismo reglamento, en el marco de los principios consagrados en su Artículo 3° y sobre la base de las siguientes circunstancias de la infracción que determinarán la sanción que corresponda:

- 'a) La acción, deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.
- b) El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
- c) Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.
- d) Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el mercado de valores
- e) Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero.'

Como demostraremos posteriormente en el punto 4.2. de este memorial, ninguno de los hechos sancionados han existido acciones deliberadas y menos

aún han existido beneficios para la Bolsa o para terceros como resultado de la acción u omisión supuestamente sancionables.

Adicionalmente, todos los hechos descritos tampoco han tenido ninguna consecuencia en el Mercado de Valores y, es más, ni siquiera ha existido una consecuencia en la misma Bolsa de Valores.

A este tipo de actos, si es que fueran sancionables, solo se aplicaría una sanción de amonestación, tal como se puede apreciar en el artículo 12° del Reglamento de Aplicación de Sanciones, que señala que se aplicará la amonestación a 'quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda o regularización'.

Deseamos destacar el hecho de que ninguna de las circunstancias citadas anteriormente ha concurrido en el presente proceso administrativo, situación que resalta una vez más la carencia de Fundamento de la cual adolece la R-ASFI-007, siendo éste un elemento esencial de todo acto administrativo, razón por la cual solicitamos una vez más a la ASFI revocar la R-ASFI-007 con la finalidad de enmendar este error.

#### **3.4.1.3 El Principio de Proporcionalidad establecido en el Artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.**

El inciso b) del Artículo 3° del Reglamento de Aplicación de Sanciones establece que uno de los principios que rige la atribución sancionadora de la autoridad reguladora del Mercado de Valores, en este caso la ASFI, es el Principio de Igualdad y Proporcionalidad, por el cual las sanciones impuestas por dicha autoridad deben ser enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, debiendo tomarse siempre en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones del regulado con la sanción que se le aplicará, velando siempre por el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Sobre el particular y tomando en cuenta lo expuesto en los puntos 4.1.1. y 4.1.2. anteriores, consideramos necesario citar la posición de la Ex - Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (que) señaló en la(sic) su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 33/2007 de 2 de abril de 2007, que textualmente indica en el numeral III.2 (Sobre el Principio de Proporcionalidad en la Aplicación de Sanciones) del punto III (FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN JERÁRQUICA) como sigue:

*'Conforme a lo desarrollado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre. 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, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material'.*

*'Este principio en materia sancionadora, implicaría 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 ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido'.*

*'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) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión'.*

Consideramos necesario que la ASFI tome en cuenta estos criterios jurisprudenciales a tiempo de evaluar el presente Recurso de Revocatoria y concordantemente con ellos, revocar la R-ASFI-007.

### **3.4.2 Consideraciones sobre los cargos formulados.**

#### **3.4.2.1 Cargo 1. Registro de Valores sin contar aparentemente con la previa autorización de la ASFI.**

En ninguno de los casos mencionados se ha producido la infracción que señala el cargo de la ASFI.

Respecto a la inscripción de los Valores de Titularización Hotel Europa – NAFIBO 011, adjuntamos como documento de respaldo el Acta del Comité de Inscripciones 07/2008 de 9 de abril de 2008, mediante el cual se aprueba la inscripción de la emisión y en la que se establece que previamente a la negociación de estos instrumentos el emisor debe presentar la Resolución Administrativa de autorización de oferta pública emitida por la ex SPVS. A este efecto, en fecha 10 de abril de 2009, antes de la negociación de los valores de titularización, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 36 de la Regulación para las Bolsas de Valores, se presentó a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (BBV) una copia legalizada de la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 333 de 9 de abril de 2008, mediante la cual se autoriza la oferta pública e inscribe en el RMV Los Valores de Titularización.

Respecto al caso de las Acciones del Fondo Financiero Privado Fassil S.A., según se puede evidenciar del acta del Comité de Inscripciones 06/2009 de 12 de junio de 2009, la BBV ya tenía conocimiento y también tenía en su poder una copia fotostática de la Resolución ASFI Nº 029/2009 de 10 de junio de 2009, por lo que consideramos que el cargo resulta infundado. En dicha acta, se hacen referencia

a dos informes, uno técnico y otro legal, que señalan la existencia de la Resolución ASFI N° 029/2009 de 10 de junio de 2009, por lo que consideramos que el cargo resulta infundada(sic). En dicha acta, se hacen referencia dos informes, uno técnico y otro legal, que señalan la existencia de la Resolución ASFI N° 029/2009 de 10 de Junio de 2009 la cual autoriza la oferta pública e inscribe en el RMV las mencionadas Acciones. Lo que hizo el Comité de Inscripciones de la BBV fue simplemente otorgar un plazo para la presentación de una copia legalizada de una resolución **cuya existencia ya conocía y que tenía en su poder (en fotocopia simple)**.

Como prueba adicional, presentamos a usted el informe legal emitido para esta emisión, en el que señala textualmente que se cuenta con una copia fotostática de la resolución ASFI N° 029/2009 de 10 de junio de 2009, lo que demuestra que esa resolución existía al momento de tomarse la decisión de inscripción y que era de conocimiento de la BBV.

En ambos casos, antes de la negociación de los valores, es decir antes de que se hubiera realizado algún acto de oferta pública con dichos valores, se presentó a la BBV una copia legalizada de la Resolución correspondiente.

Es importante también mencionar que la resolución SPVS-IV-N° 333 de 9 de abril de 2008 fue emitida el mismo día en que se efectuó el Comité de Inscripción de la BBV. Respecto a la resolución ASFI N° 029/2009 de 10 de Junio de 2009 se ha emitido dos días antes de la fecha de realización del respectivo Comité de Inscripciones de la BBV.

La R-ASFI-007 menciona que la BBV hubiera infringido el inciso i) del artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores que a la letra señala 'Las bolsas de valores están obligadas a:...i. Aceptar en sus registros Valores para ser ofrecidos públicamente, cuando éstos y su emisor se encuentren inscritos en el Registro del Mercado de Valores'. Esta situación de ninguna manera es evidente: si bien la BBV no contaba con una fotocopia legalizada de las resoluciones de oferta pública de cada emisión, es evidente, conforme a los documentos que acompañamos y a cualquier otra documentación que pudiéramos presentar durante la etapa de prueba, que la BBV conocía de la existencia de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 333 de 9 de abril de 2008 (para el caso de los Valores de Titularización Hotel Europa NAFIBO 011) y contaba con una copia fotostática de la Resolución ASFI N° 029/2009 de 10 de junio de 2009, habiendo dado exacto cumplimiento al artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores, procediendo a registrar las mismas en el sistema.

Cosa aparte y totalmente independiente de lo señalado (aspectos que la ASFI quiere mezclar para confundir los criterios y para aplicar una sanción sin mérito a los hechos), es que se haya dado un plazo al emisor para que presente una **fotocopia legalizada de una resolución cuya existencia era de previo conocimiento de la BBV (y cuyo contenido era de conocimiento de la BBV en el caso de la inscripción de**



**las acciones de Fassil),** situación que ha originado otro cargo supuestamente sancionable para la ASFI (Véase cargo 14).

Como puede evidenciarse de nuestra respuesta, se obtienen adicionalmente dos conclusiones:

- (i) Que la BBV no ha infringido el inciso i) del artículo 33 de la Ley de Mercado de Valores, pues ha registrado ambas emisiones el mismo día de la emisión de las resoluciones SPVS-IV-N° 333 de 9 de abril de 2008 y 029/2009 de 10 de Junio de 2009, y teniendo conocimiento de su emisión. En el caso del registro de las acciones de Fassil la BBV no solo tenía conocimiento de su emisión sino que contaba con una copia fotostática de la misma que inscribe al emisor y a los valores emitidos en el Registro del Mercado de Valores, y;
- (ii) Con la inscripción no se violó la concepción ni las restricciones de la oferta pública que se considera producida cuando se ofrecen dichos valores al público en general o a sectores específicos 'con el propósito de lograr la realización de cualquier negocio jurídico con Valores en el Mercado de Valores' (artículo 6 de la Ley del Mercado de Valores).

Adjuntamos como Anexo 1 las pruebas relacionadas con el presente cargo.

En tal sentido, solicitamos que el cargo y la sanción impuesta en consecuencia sean levantados.

#### **3.4.2.2 Cargo 2. Comunicación de modificaciones de la Normativa.**

Deseamos reiterar e insistir en los argumentos expresados en nuestra carta de descargos BBV-GG N° 1647/09. La Bolsa Boliviana de Valores S.A. (BBV) posee mecanismos para la comunicación de modificaciones en la normativa aplicable que regula sus actividades mediante medios electrónicos (Web y mail) como Hechos Relevantes, los cuales fueron remitidos a los Directores de la BBV a las direcciones de correo electrónico que estos registraron oportunamente. En este sentido, se evidencia que la BBV cumple con informar los cambios normativos a sus Directores, situación que ha sido tomada en cuenta por el Oficial de Cumplimiento para el desempeño de sus funciones. Enviar la misma información pero por otro medio, no tiene sentido alguno, por lo que el Oficial de Cumplimiento consideró que ese mecanismo de comunicación son(sic) suficiente respaldo para las tareas señaladas en el inciso c) del Artículo 31 de la regulación para Bolsas de Valores aprobado mediante Resolución Administrativa N° 762/05 de fecha 21 de septiembre de 2005.

Lo importante de destacar en este tema, es que la función que la norma pretende regular, se ha cumplido.

*Sin embargo, reiteramos que la observación ha sido tomada en cuenta (aunque sea duplicada por la función que ya cumplía anteriormente y que se sigue cumpliendo de la misma manera) para mejorar los procedimientos internos de la BBV, conforme se evidencia por el Informe de Cumplimiento correspondiente al mes de junio de 2009 y el Acta N° 7 del Comité de Vigilancia mediante el cual se aprueba el informe de cumplimiento señalado.*

*Reiteramos en este punto que, aún si persistiera la observación, es evidente que la observación ya se encuentra regularizada y subsanada y que no se ha causado ningún daño al mercado, pues existían mecanismos de comunicación a los Directores de la BBV sobre los cambios normativos, por lo que reiteramos en este punto que no corresponde la aplicación de ninguna sanción de multa, en base a los principios del Reglamento de Sanciones aclarados al inicio del presente memorial.*

#### **3.4.2.3. Cargo 3. Capacitación permanente sobre (el) marco normativo a funcionarios (de la) BBV.**

*Reiteramos que la BBV posee mecanismos para la comunicación de modificaciones en la normativa aplicable que regula sus actividades mediante medios electrónicos (Web y mail) para su conocimiento y difusión a las distintas direcciones. Recibidas estas comunicaciones, todas las direcciones realizan un análisis de las mismas en sesiones que se realizan en la BBV cuando esto es necesario y sobre las cuales se dan líneas de acción. Es evidente que la BBV no cuenta con un documento que acredite la realización de esas reuniones, pero esas reuniones pueden ser certificadas por los mismos funcionarios de la BBV que participan en ellas.*

*Pese a lo mencionado, mediante Acta N° 7 de 14 de julio de 2009, el Comité de Vigilancia aprobó el Plan de Capacitación Normativo, que (se) incluye.*

*Ratificamos las pruebas presentadas en el Anexo 12 de nuestra carta de descargos BBV-GG N° 1647/09 y protestamos presentar nuevas pruebas que ratifiquen lo mencionado anteriormente.*

*Adicionalmente, reiteramos en este punto que, aún si persistiera la observación, es evidente que ya se encuentra regularizada y subsanada.*

#### **3.4.2.4 Cargo 4. Contabilización de los Puestos de Bolsa**

*Cabe aquí una consideración sobre la naturaleza de los Puestos de Bolsa.*

*Desde su origen, al momento de la constitución de la BBV, los Puestos de Bolsa han sido considerados como un derecho que otorga a su poseedor la facultad de realizar operaciones en la BBV. Actualmente, el Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la BBV conceptualiza a los Puestos de Bolsa como 'un derecho*

otorgado por la BBV a las Agencias de Bolsa para realizar operaciones en los Mecanismos de Negociación'.

En consecuencia, es evidente que los Puestos de Bolsa no son valores ni instrumentos financieros y que, por lo tanto, no poseen un valor nominal o facial (pues no representan ni una participación ni un derecho de crédito). Como todo derecho, los Puestos de Bolsa son valorables en dinero, pero a la BBV no le corresponde realizar esa valoración.

La contabilización de los Puestos de Bolsa no es obligatoria, pues no constituye ni un activo ni un pasivo ni parte del patrimonio de la BBV y principalmente debido a que los Puestos de Bolsa no tienen relación con ninguna otra cuenta del Balance de la BBV. La misma BBV, mediante disposición de su Junta de Accionistas efectuada en el año 1993, ha decidido incluir los Puestos de Bolsa en cuentas de orden de la Bolsa solamente para fines de registro pero no para fines de establecer ningún valor de los Puestos de Bolsa, por lo que el valor que les ha puesto debe ser determinado por la BBV en función a su solo criterio. Al respecto, el Manual Único de Cuentas para Bolsas de Valores, Agencias de Bolsa, Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, Fondos de Inversión y Entidades de Depósito de Valores aprobado por la ex SPVS, respalda plenamente la aplicación de este criterio al señalar textualmente para el código 801 06, la Cuenta 'Otras Cuentas de Registro' (que es la cuenta en la que se han registrado los Puestos de Bolsa) que se efectuarán débitos '1. Por el registro y custodia de valores bursátiles, sin oferta pública, documentos, cuentas castigadas, líneas de crédito y otras cuentas de registro a valor nominal, con crédito a la contracuenta 'Acreedores por Registro y Custodia de la Entidad'.

Claramente, dicho manual especifica que debe producirse el registro a **Valor Nominal**. Dado que los Puestos de Bolsa no poseen un valor nominal, el registro se debe practicar al valor que la entidad considere adecuado, y es justamente la Junta de Accionistas de la BBV de 1993 la que ha definido un valor de Bs.1, por lo que en el presente caso no existe incumplimiento al Manual como señala la R-ASFI-007.

En tal sentido, corresponde levantar el cargo a la sanción impuesta por la R-ASFI-007.

Para probar que el puesto de bolsa no posee un valor nominal, adjuntamos al presente memorial como Anexo 2 un Certificado emitido por la BBV el año de 1997 en el que se certifica la existencia de un puesto de bolsa. El mismo no contiene un valor específico.

#### **3.4.2.5 Cargo 5. Regularización de Partidas Pendientes de conciliación**

Reiteramos aquí nuestros descargos presentados mediante nota BBV-GG N° 1647/09.

Como podrá apreciarse por lo mencionado en nuestra nota, resulta evidente que el cargo efectuado no es atribuible a la BBV pues no tenía mecanismo para conciliar las cuentas y no tenía ninguna manera de efectuar la conciliación exigida, pues el único mecanismo es la comunicación de los participantes que hubieran hecho el depósito. Esta situación no se ha producido por culpa de la BBV y por lo tanto no es aplicable ninguna sanción de multa, en aplicación de los principios sancionatorios señalados al inicio de este memorial.

Adicionalmente, hemos tratado de solucionar este tema a futuro con las medidas adoptadas, lo que no significa que, al depender esta información de terceras personas, no puedan existir errores futuros atribuibles a esas personas. Asimismo, también es evidente que no ha existido en este caso ningún efecto sobre la BBV (pues los ingresos han sido correctamente contabilizados) o sobre el Mercado de Valores.

Por todo lo mencionado, reiteramos en este punto que no corresponde la aplicación de ninguna sanción de multa, en base a los principios del Reglamento de Sanciones aclarados al inicio del presente memorial.

#### **3.4.2.6 Cargo 6. Conciliaciones bancarias**

Reiteramos aquí nuestros descargos presentados mediante nota BBV-GG N° 1647/09, en los que referimos que la situación ya ha sido subsanada. Adicionalmente con esa carta hemos presentado las conciliaciones bancarias de la cuenta del Banco Mercantil Santa Cruz efectuadas de enero a diciembre de 2009.

Sin embargo, esta situación, además de haber sido ya corregida, no ha causado ningún daño a los Estados Financieros de la BBV y menos aún al mercado, por lo que reiteramos en este punto que no corresponde la aplicación de ninguna sanción de multa, en base a los principios del Reglamento de Sanciones aclarados al inicio del presente memorial.

#### **3.4.2.7 Cargo 7. Registro del desarrollo de sistema MEB (Mercado Electrónico Bursátil).**

Reiteramos aquí nuestros descargos presentados mediante nota BBV-GG N° 1647/09 en el que se señala que la BBV ha procedido a la reclasificación del desarrollo del sistema MEB en la cuenta 'Valor de costo actualizado proyectos en desarrollo' cuya apropiación contable durante la migración de datos para el nuevo Plan de Cuentas en el Sistema SAP fue inicialmente contabilizado en 'Valor costo actualizado desarrollo programas de computación'. Adicionalmente mencionamos que también se reclasificó su cuenta regularizadora de activo mediante el traspaso del monto de la amortización de la cuenta 'Amortización

acumulada desarrollo programas de computación' a la cuenta 'Amortización acumulada proyectos en desarrollo'.

Según lo explicado anteriormente, se puede evidenciar que los valores antes mencionados ya se encontraban registrados en los estados financieros de la BBV, y que la reclasificación contable no afecta a la situación financiera de la empresa.

Sin embargo, esta situación, además de haber sido ya corregida, no ha causado ningún daño al mercado, por lo que reiteramos en este punto que no corresponde la aplicación de ninguna sanción de multa, en base a los principios del Reglamento de Sanciones aclarados al inicio del presente memorial.

#### **3.4.2.8 Cargo 8. Amortización del Valor del MEB**

Reiteramos aquí nuestros descargos presentados mediante nota BBV-GG N° 1647/09, en los que hemos expuesto tres hechos fundamentales:

- a) La existencia de un **acto administrativo válido y vigente emitido por la SPVS**. Nos referimos precisamente a la nota SPVS/IV/C-0774/2004, de fecha 15 de diciembre de 2004, en la cual se manifiesta que la SPVS no tiene objeción a la solicitud efectuada por la BBV mediante nota BBV-JAF N° 1572/2004, de fecha 2 de diciembre de 2004.
- b) Que la Resolución SPVS/IV/N° 1296/2006 que aprueba el Manual Único de Cuentas para las Bolsas de Valores hace referencia en sus considerandos a que la modificación al Manual se efectúa en virtud a las varias solicitudes y comentarios que realizan distintas entidades reguladas, y entre ellas la Bolsa, por lo que fue intención de la ex SPVS validar lo actuado y en consecuencia darle mayor valor reglamentario a la nota SPVS/IV/C-0774/2004 que ahora desconoce.
- c) Que la BBV se encuentra imposibilitada materialmente de amortizar en el período descrito por el Manual de Cuentas (sea el nuevo aprobado el 2006 o el antiguo vigente antes de esa fecha), por lo que la amortización en 10 años fue y es aún necesaria para mantener la estabilidad económica de la BBV.

Como podrá observarse, existe una autorización dada por la autoridad competente **autorizando a la BBV a amortizar el MEB en un plazo de 10 años**. Con total falta de congruencia técnica y legal, la R-ASFI-007 señala que al haberse emitido una norma posterior de alcance general (el nuevo plan de cuentas aprobado el año 2006) todas las autorizaciones previas han quedado sin efecto. Esto es una burla que atenta a los principios de legalidad contenidos en nuestras normas jurídicas: una norma posterior solo puede dejar sin efecto una norma anterior si expresamente lo menciona en su texto o si la norma anterior es contraria a la norma posterior. Nada de esto ha ocurrido en el presente caso: la resolución

SPVS/IIV/N° 1296/2006 que aprobó el nuevo Manual de Cuentas no contiene ninguna disposición que deje sin efecto las anteriores disposiciones y, por sobre todas las cosas, ha establecido en la cuenta 130 02 09 Valor de costo actualizado de proyectos en desarrollo que 'Los proyectos en desarrollo se amortizan en no más de cuarenta y ocho cuotas mensuales iguales a partir del mes siguiente en que se originó el gasto. En caso que el período de amortización requiera ser ampliado, se deberá solicitar dicha aplicación a la SPVS, con el respaldo técnico contable y la correspondiente documentación'.

Como puede observarse, la carta de autorización de la ex SPVS va en la línea con el nuevo Manual de Cuentas aprobado, por lo que resulta evidente que la nota SPVS/IV/C-0774/2004, de fecha 15 de diciembre de 2004 emitida por la ex SPVS no contradice lo señalado en el Manual de Cuentas, por lo que se mantiene plenamente vigente y aplicable.

En tal sentido, no existe ninguna infracción de la BBV al Manual de Cuentas y por lo tanto no corresponde la aplicación de ninguna sanción.

#### **3.4.2.9 Cargo 9. Registro supuestamente incorrecto de 'Gastos de organización'.**

La R-ASFI-007 menciona que se mantiene el cargo relacionado con el módulo de recodificación de valores y módulo para valores con tasas diferenciadas, indicando que se hubieran registrado incorrectamente en la cuenta 130.02.05 'Valor Actualizado de Gastos de Organización'. Reiteramos que el Módulo de Recodificación de Valores y el Módulo para Valores con Tasas Diferenciadas han sido desarrollados por Daza Software de acuerdo a requerimientos de la BBV. Para ello contamos como respaldo con un contrato suscrito con Daza Software, que adjuntamos al presente memorial, cuyo numeral 7.3 de la cláusula séptima expresa 'Cualquier nuevo desarrollo que el Proveedor realice para los Programas y que sea solicitado por el Cliente, será realizado por éste a un costo de Us\$35 (Treinta y cinco 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) por cada hora de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, el costo, alcance y condiciones de los nuevos desarrollos se sujetarán en cada caso particular a un contrato o acuerdo entre Partes'.

El módulo de recodificación de valores ha sido desarrollado bajo dicho contrato con Daza Software como un nuevo desarrollo, con tarifas y alcances acordados entre las Partes, lo que coincide con la descripción de la subcuenta 'Valor actualizado gastos de organización' del Manual de Cuentas aprobado por la SPVS, que incluye los gastos generados en 'sistemas desarrollados por terceros bajo un contrato y proyecto de consultoría por objetivo que incorpore su implementación hasta su puesta en marcha', por lo que corresponde apropiarse el desarrollo de este sistema en esta cuenta.

En el Anexo 3 remitimos el contrato señalado en el presente cargo.

#### **3.4.2.10 Cargo 10. Fue levantado**

#### **3.4.3.11 Cargo 11. Código de Ética**

En los descargos y argumentos presentados mediante nota BBV-GG N° 1647/09, hemos hecho hincapié en que el Código de Ética tuvo un largo proceso de aprobación. Primero existió una aprobación por el Directorio de la BBV el 30 de agosto de 2007 pero que debía incorporar una serie de modificaciones al mismo, por lo que aún fue corregido posteriormente y no entró en vigencia hasta que esas correcciones fueran efectuadas (ver punto 6 del acta 12/2007). Dichas correcciones fueron recién efectuadas en el mes de agosto de 2008 y fueron puestas a consideración del Directorio (porque implicaron una serie de modificaciones) en su sesión de 25 de agosto de 2008. En esa sesión se aprobó el Código de Ética y por consiguiente entró en vigencia.

Según el mismo Código corresponde su ejecución a un Comité de Ética que en ese momento aún no había sido conformado y que correspondía ser conformado una vez que se nombren los nuevos directores de la BBV, lo cual sucedió recién en la gestión 2009. El 23 de Julio de 2009 se conformó finalmente el Comité de Ética, (acta de Directorio 09/2009) y el mismo instruyó que el Código fuera remitido al personal y directores, lo que fue hecho los primeros días del mes de agosto de 2009.

Como podrá analizarse, el Código de Ética fue aprobado a finales del 2008, cuando aún no se contaba con un Comité definido sobre el tema (el Comité nombrado provisionalmente el año 2007 no se consideró formalmente nombrado porque no existió un Código de Ética aprobado en la fecha de su nombramiento). La posesión del nuevo Directorio de la BBV (efectuado en abril de 2009) y la conformación del Comité de Ética en Junio de 2009, son los hechos que catapultan el inicio de actividades del mismo. Mediante notas de fecha 5 de agosto de 2009, que han sido presentadas como prueba y descargos por la BBV a la ASFI mediante nota BBV-GG N° 1647/09, se ha entregado el Código de Ética a todos los funcionarios y directores de la BBV.

Lastimosamente, la R-ASFI-007 no hace alusión a este proceso largo de aprobación e implementación del Código de Ética y a estas cartas de entrega y, sin mayor análisis, ratifica el cargo.

Con todos los antecedentes mencionados, ratificamos la inexistencia de un incumplimiento a la propia normativa interna de la BBV, por lo que la sanción impuesta debe levantarse.

#### **3.4.2.12 Cargo 12. Levantado**

#### **3.4.3.13 Cargo 13. Guía para la Asignación de Roles**

Ratificamos que la guía extrañada ha sido aprobada el 31 de julio de 2009. Hacemos notar que este hecho es un acto totalmente subsanable que no ha causado ningún perjuicio al mercado por lo que no corresponde la aplicación de una sanción de multa, en base a los principios señalados al inicio de este memorial.

#### **3.4.3.14 Cargo 14. Atribuciones del Comité de Inscripciones para otorgar plazos.**

El análisis que hace la ASFI en su Resolución R-ASFI-007, no contiene ninguna justificación jurídica sobre el tema. Ratificamos nuestra respuesta a este cargo dada en la carta BBV-GG N° 1647/09 y los descargos presentados.

En realidad, la ASFI olvida el ámbito privado que rige a la BBV y le atribuye naturaleza pública, como si fuera un órgano público. En materia de derecho privado existe un principio fundamental: lo que no está prohibido está explícitamente permitido. Indudablemente que este adagio no se aplica al derecho público que es el que se aplicaría a la ASFI, donde las funciones deben ser delegadas expresamente.

En nuestras argumentaciones, hemos demostrado que el Directorio tiene todas las atribuciones necesarias para gestionar la BBV y realizar cualquier acto dentro de esa gestión. Existe una delegación general del Directorio al Comité de Ética en virtud del artículo 68 de los Estatutos de la BBV que señala: 'las funciones y atribuciones de registro establecidas en el artículo anterior serán delegadas por el Directorio a un Comité de Inscripción, el cual estará conformado por el número de miembros que determine el Directorio, debiendo la mayoría de ellos ser directores independientes'.

Partiendo del principio de que se está regulado por el derecho privado, el Directorio tiene las facultades amplias para todos los efectos de la inscripción de valores que han sido delegadas al Comité de Inscripciones y de que no existe ninguna prohibición para que el Comité otorgue plazos a los emisores, es perfectamente aceptable (nuevamente bajo el derecho privado) que el Comité tenga las atribuciones mencionadas, por lo que el hecho de haber otorgado plazos no viola ninguna norma de la BBV y no puede ser sancionado como lo hace la R-ASFI-007.

En tal sentido, corresponde a la ASFI considerar nuevamente el tema y valorar los argumentos esgrimidos, levantando la sanción impuesta por este cargo.

#### **3.4.2.15 Cargo 15. Libro de Registro de Puestos de Bolsa**

Ratificamos nuestra respuesta dada mediante nota BBV-GG N° 1647/09, la cual expresamente manifiesta que este es un hecho subsanable y que se encuentra en proceso de subsanación y que no ha causado ningún perjuicio al mercado, por lo que no corresponde la aplicación de una sanción de multa, en base a los principios señalados al inicio de este memorial.



#### 4. RECURSO JERÁRQUICO

A continuación, fundamentamos nuestros argumentos en relación a los cargos que la ASFI, mediante la R-ASFI-181 confirmó y que en nuestro criterio, aún violan y vulneran nuestros derechos:

##### 4.1. Cargo 4. Contabilización de los Puestos de Bolsa.

Reiteramos nuevamente nuestros argumentos sobre la injusta aplicación de sanciones por este cargo expuestos en nuestro Recurso de Revocatoria (los resaltados en negrillas nos corresponden): 'cabe aquí una consideración sobre la naturaleza de los Puestos de Bolsa.

Desde su origen, al momento de la constitución de la BBV, los Puestos de Bolsa han sido considerados como un derecho que otorga a su poseedor la facultad de realizar operaciones en la BBV. Actualmente, el Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la BBV conceptualiza a los Puestos de Bolsa como 'un derecho otorgado por la BBV a las Agencias de Bolsa para realizar operaciones en los Mecanismos de Negociación'.

En consecuencia, es evidente que los Puestos de Bolsa no son valores ni instrumentos financieros y que, por lo tanto, **no poseen un valor nominal o facial** (pues no representan ni una participación ni un derecho de crédito). **Como todo derecho, los Puestos de Bolsa son valorables en dinero, pero a la BBV no le corresponde realizar esa valoración.**

La contabilización de los Puestos de Bolsa no es obligatoria, pues no constituye ni un activo ni un pasivo ni parte del patrimonio de la BBV y principalmente debido a que los Puestos de Bolsa no tienen relación con ninguna otra cuenta del Balance de la BBV. La misma BBV, mediante disposición de su Junta de Accionistas efectuada en el año 1993, ha decidido incluir los Puestos de Bolsa en cuentas de orden de la Bolsa solamente para fines de registro pero no para fines de establecer ningún valor de los Puestos de Bolsa, por lo que el valor que les ha puesto debe ser determinado por la BBV en función a un solo criterio. Al respecto, el Manual Único de Cuentas para Bolsas de Valores, Agencias de Bolsa, Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, Fondos de Inversión y Entidades de Depósito de Valores aprobado por la ex SPVS, respalda plenamente la aplicación de este criterio al señalar textualmente para el código 801 06, la Cuenta 'Otras Cuentas de Registro' (que es la cuenta en la que se han registrado los Puestos de Bolsa) que se efectuarán débitos '1. Por el registro y custodia de valores bursátiles, sin oferta pública, documentos, cuentas castigadas, líneas de crédito y otras cuentas de registro a valor nominal, con crédito a la contracuenta 'Acreedores por Registro y Custodia de la Entidad'-'.

Claramente dicho manual especifica que debe producirse el registro a **Valor Nominal**. Dado que los Puestos de Bolsa no poseen un valor nominal, el registro se debe practicar al valor que la entidad considere adecuado, y es justamente la Junta de Accionistas de la BBV de 1993 la que ha definido un valor de Bs.1, por lo que en el presente caso no existe incumplimiento al Manual como señala la R-ASFI-007'.

Además de lo mencionado, es importante destacar lo señalado por la ASFI en su Resolución R-ASFI-181 que a la letra dice '...no es evidente que la descripción del Manual de Cuentas, en la cuenta antes señalada se refiere a la Cuenta de Registro 801.06), respalde el criterio asumido por esa institución (la BBV), dado que en todo el Capítulo de las Cuentas de Registro Deudoras del Manual de Cuentas 800, **se contempla que su registro debe ser a valor nominal o a valor facial**' (el resaltado es nuestro).

Toda esta redacción no hace sino confirmar lo señalado por la BBV en su Recurso de Revocatoria y en el presente Recurso Jerárquico, de que **al no tener los puestos de bolsa ningún valor nominal o facial, NO CORRESPONDE QUE LA BBV REALICE ALGÚN REGISTRO A UN VALOR DETERMINADO QUE SEA DISTINTO A ÉSTOS.** En consecuencia, no puede demandar la ASFI un incumplimiento a la normativa, pues **no existe una normativa que la BBV haya incumplido al respecto.** Ratificamos que en ninguna parte de la normativa, se obliga a la BBV a registrar con(sic) los Puestos de Bolsa con otro valor que no sea el valor nominal o facial que en este caso NO EXISTE.

En tal sentido, corresponde levantar el cargo y la sanción impuesta por la R-ASFI-007, ratificado por la R-ASFI-181.

Ratificamos las pruebas presentadas en nuestros descargos y en nuestro recurso de revocatoria, por las cuales se evidencia que los Puestos de Bolsa no contienen un valor específico y menos un valor nominal o facial.

#### **4.2. Cargo 8. Amortización del Valor del MEB**

Del análisis de la argumentación de la ASFI sobre el cargo formulado, se extraen cinco conceptos básicos:

- a) La ASFI reconoce la existencia de la nota SPVS/IV/C-0774/2004 de fecha 15 de diciembre de 2004, en la cual se manifiesta que la SPVS no tiene objeción a la solicitud efectuada por la BBV mediante nota BBV-JAF N° 1572/2004, de fecha 2 de diciembre de 2004 y por lo tanto permite que la BBV amortice el MEB en un plazo de 10 años. Este documento se encuentra presentado en el expediente como prueba, lo cual ratificamos mediante el presente memorial.

- b) La ASFI señala que la existencia de una resolución de alcance general implica inmediatamente que las autorizaciones específicas pierden total vigencia, La página 12 de la R-ASFI-181 señala textualmente: 'con la emisión de un nuevo Manual de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS 1296/2006 y que entró en vigencia en la gestión 2007, la instrucción particular que en su momento podría ser aplicada, **no puede estar vigente**, dado que el nuevo Manual de Cuentas es disposición de alcance general y jerárquicamente superior a cualquier otra instrucción emitida con carta' (el resaltado es nuestro).
- c) La ASFI desconoce que las modificaciones efectuadas al Manual de Cuentas surgieron, entre otras solicitudes, por la solicitud efectuada por la BBV, por lo que fue intención de la ex SPVS validar y dar mayor valor reglamentario a la nota SPVS/IV/C-0774/2004.
- d) Por otra parte, la ASFI desconoce el principio de **estabilidad del acto administrativo**. Todo acto administrativo, particularmente aquellos que otorgan un derecho al administrado, gozan de estabilidad y por lo tanto de protección jurídica.

El artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala claramente que los actos de la Administración Pública se presumen válidos y que la eficacia del acto solo puede quedar suspendida 'cuando así lo señale su contenido'. La nota SPVS/IV/C-0774/2004 no menciona que la eficacia de dicho acto se suspendería en algún momento y por lo tanto, es deber de la ASFI respetar la eficacia y estabilidad de esa nota para otorgar seguridad jurídica a la BBV. Caso contrario, está afectando intereses subjetivos de la BBV y corresponde la reparación del daño que ello pueda ocasionar al tenor del artículo 113 de la Constitución Política del Estado que señala 'I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna... ii. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño'.

Adicionalmente, es importante mencionar que dentro de la doctrina del derecho se acepta que los actos administrativos, al tener un carácter de estabilidad y haber ingresado dentro del ámbito del derecho, no pueden ser **extinguidos** (cesación definitiva de sus efectos) sino por las siguientes causales: **de pleno derecho** por cumplimiento del objeto, imposibilidad sobrevenida, expiración del plazo o acaecimiento de la condición resolutoria; **mediante acto posterior** se produce a través de la revocación, declaración de caducidad o declaración de nulidad.

Analicemos cada situación: es evidente que en el presente caso no existe contra la nota SPVS/IV/C-0774/2004 el cumplimiento de su objeto, pues el plazo otorgado en

esa nota aún no ha vencido y el MEB sigue existiendo; por estas mismas razones, tampoco puede hablarse de expiración del plazo; menos aún existe una imposibilidad sobrevenida y como la nota SPVS/IV/C-0774/2004 no estaba sujeta a ninguna condición resolutoria, tampoco se puede producir la extinción por haber acaecido dicha condición. **En consecuencia no existe posibilidad de que la nota SPVS/IV/C-0774/2004 pueda extinguirse de pleno derecho.**

En cuanto a las formas de extinción mediante acto posterior, debemos explicar que la REVOCACIÓN sólo puede ser pronunciada mediante un acto expreso que determine y justifique las causas de la revocación. Es claro lo señalado por el tratadista Dromi en su libro El Acto administrativo (Edición(sic) Ciudad Argentina, 3ª Edición, pág 153) al señalar 'El acto administrativo que goza de estabilidad, no puede ser revocado por razones de ilegitimidad o de oportunidad, salvo norma legal expresa que califique de utilidad o de interés público el derecho que aquel crea, reconoce o declara, declarándolo sujeto a revocación o expropiación'. Añade Dromi (pág. 154) que 'La revocación se caracteriza jurídicamente porque se realiza a través de un acto administrativo autónomo e independiente. **Es una nueva declaración** de un órgano en función administrativa, generadora de efectos jurídicos directos e inmediatos'.

En el presente caso, **no existe ningún acto de revocación, pues no existe ninguna norma posterior que declara este hecho.** El Manual de Cuentas aprobado mediante Resolución SPVS/IV/Nº 1296/2006 que señala la ASFI, no posee en ninguna de sus disposiciones una disposición revocatoria ni otra similar que deje sin efecto los actos administrativos emitidos con anterioridad a esa fecha.

**El solo hecho de haberse aprobado el nuevo Manual de Cuentas, no extingue los efectos de un acto administrativo anterior,** más aún cuando ese acto administrativo anterior no es contrario al nuevo Manual: por el contrario, es totalmente coincidente con éste pues, como se observa en lo establecido por el Manual de Cuentas para la cuenta 130 02 09 Valor de costo actualizado de proyectos en desarrollo que 'Los proyectos en desarrollo se amortizan en no más de cuarenta y ocho cuotas mensuales iguales a partir del mes siguiente en que se originó el gasto. En caso que el período de amortización requiera ser ampliado, se deberá solicitar dicha aplicación a la SPVS, con el respaldo técnico contable y la correspondiente documentación'.

Por último, es evidente que en este caso no se presenta ninguna nulidad ni declaratoria de caducidad.

Como consecuencia de todo lo señalado, la causal que aduce la ASFI para argumentar que la nota SPVS/IV/C-0774/2004 no tiene efecto, no existe en la doctrina ni es aceptada como tal. Un invento de esta naturaleza, lo único que hace es afectar al derecho subjetivo de la BBV y generarle daños, pues reiteramos que la BBV se encuentra imposibilitada material, económica y financieramente de

amortizar en el período descrito por el manual de Cuentas (sea el nuevo aprobado el 2006 o el antiguo vigente antes de esa fecha), por lo que la amortización en 10 años fue y es aún necesaria para mantener la estabilidad económica de la BBV.

e) La ASFI argumenta sobre este cargo que la BBV habría contabilizado el desarrollo del sistema MEB en una cuenta errada y que recién regulariza esta situación en los Estados Financieros correspondientes al mes de agosto de 2009. Esta argumentación carece de sustento: la nota SPVS/IV/C-0774/2004 que concedió a la BBV el plazo de amortización de 10 años y la solicitud efectuada por la BBV no hacen referencia a las cuentas en las que el MEB debe ser contabilizado, detallando solamente las características y condiciones del sistema y ampliando el plazo en consideración al sistema.

Por todo lo señalado existiendo una autorización dada por la autoridad competente **autorizando a la BBV a amortizar el MEB en un plazo de 10 años**, es evidente que no existe ninguna infracción de la BBV al Manual de Cuentas y por lo tanto no corresponde la aplicación de ninguna sanción.

Ratificamos todas las pruebas presentadas contra este cargo en nuestro recurso de revocatoria.

#### **4.3. Cargo 14. Atribuciones del Comité de Inscripciones para otorgar plazos**

Reiteramos aquí, y ratificamos las pruebas presentadas contra este cargo en nuestra carta BBV-GG N° 1647/09 y nuestro memorial de recurso de revocatoria.

La ASFI obvia hacer mención a que el artículo 68 de los Estatutos de la BBV que señalan: 'las funciones y atribuciones de registro establecidos en el artículo anterior serán delegadas por el Directorio a un Comité de Inscripción, el cual estará conformado por el número de miembros que determine el Directorio, debiendo la mayoría de ellos ser directores independientes'. **Esa es definitivamente una delegación amplia que permite al Comité de Inscripciones realizar todos los actos y facultades atribuidas al Directorio en la inscripción y registro de Instrumentos Financieros.**

Por otro lado, la ASFI arguye que existen normas por encima de los Reglamentos y Estatutos de la BBV a los que debe someterse la BBV, tales como la Ley del Mercado de Valores y sus propios Reglamentos. **Ni la Ley del Mercado de Valores ni los Reglamentos de la BBV prohíben al Comité de Inscripciones otorgar plazos para presentar información.** Nuevamente reiteramos que el ámbito del derecho privado que rige a la BBV, la somete al principio fundamental de que lo que no está prohibido está explícitamente permitido

En nuestras argumentaciones, hemos demostrado que el Directorio tiene todas las atribuciones necesarias para gestionar la BBV y realizar cualquier acto dentro de

esa gestión. Existe una delegación general del Directorio al Comité de Inscripciones en virtud de la cual el Comité de Inscripciones está autorizado para conducir el proceso de registro y otorgar plazos para realizar cualquier acto que vea conveniente dentro de dicho proceso.

En tal sentido, corresponde nuevamente considerar el tema y valorar los argumentos esgrimidos, levantando la sanción impuesta por este cargo.

## 5. CONCLUSIONES

Reiteramos a que en todos los casos analizados, en ninguno de ellos se evidencia la existencia de un daño al mercado que **es el fundamento que la ASFI debe utilizar para imponer una sanción de multa.** Todos los cargos analizados son subsanables y no ameritan ninguna sanción de multa como lo reflejan inadecuadamente tanto la R-ASI-007 como la R-ASFI-181, que no aplican los principios sancionatorios establecidos en el Reglamento de Aplicación de Sanciones.

## 6. PETITORIO

Por las razones y argumentos debidamente probados y expuestos precedentemente, respetuosamente solicitamos que en aplicación de lo previsto por el Parágrafo I del Artículo 68° de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas **dicte resolución revocatoria con alcance parcial** respecto de la Resolución ASFI/N° 181/2010 de 11 de marzo de 2010, pronunciándose acerca del fondo de la misma, dejando sin efecto la confirmación parcial de la Resolución ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010 y en consecuencia se revoque la Resolución ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010 en cuanto a la formulación de los cargos 4, 8 y 14 en base a las argumentaciones expuestas mediante el presente Recurso Jerárquico, debiendo en aplicación del Reglamento de Aplicación de Sanciones calcularse una nueva multa a ser aplicada a la BBV únicamente sobre los cargos que no fueron descargados mediante la presente impugnación y que fueron confirmados por la R-ASFI-171 (...)"

## 5. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

El 12 de mayo de 2010, cumpliendo lo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos, en la cual la Bolsa Boliviana de Valores S.A. a través de sus asesores legales Dres. Javier UrculloSologuren y Daniel MariacaAlvarez ratificó todos los argumentos contenidos en su Recurso de Jerárquico.

## CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

## **1. CARGOS IMPUTADOS Y SANCIONADOS.-**

Al respecto cabe destacar que de los 15 cargos imputados inicialmente, los cargos 9, 10 y 12 fueron levantados por el órgano supervisor; con respecto a los cargos 1, 2, 3, 5, 6, 7, 11, 13 y 15 se advierte que a pesar de haber sido confirmados, por la Resolución Administrativa ASFI/Nº 181/2010, la entidad recurrente no ha manifestado agravios conforme se desprende del petitorio de su memorial de Recurso Jerárquico en el que solicita se dicte resolución de revocatoria parcial en cuanto a la formulación de los cargos 4, 8 y 14, por lo que esta instancia jerárquica considera que no le irroga perjuicio, sea en el fondo, sea en las sanciones impuestas, postura que, por sí sola, basta para ahorrarse mayores consideraciones de orden jurídico y concluir por su confirmación.

### **1.1. CARGO 4. CONTABILIZACIÓN DE LOS PUESTOS DE BOLSA.-**

El Informe Técnico ASFI/DSV/R-54839/2009 del 9 de noviembre de 2009 que constituye la base del procedimiento sancionatorio, determinó que: *"En los estados financieros al 31 de mayo de 2009, se ha evidenciado que la Bolsa Boliviana de Valores S.A., habría registrado 51 derechos de puesto de bolsa en la cuenta 801.06 'Otras cuentas de registro', por un importe que alcanza a Bs. 51.- que representa Bs. 1.- por cada uno. En este sentido la entidad no habría registrado los derechos de puestos de bolsa a su valor nominal o valor facial del documento, habiendo incumplido con el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa Nº 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, en cuyo apartado 'Débitos' de la cuenta 801.06 'Otras Cuentas de Registro', que establece lo siguiente, `... Por el registro y custodia de valores bursátiles, sin oferta pública, documentos, cuentas castigadas, líneas de crédito **y otras cuentas de registro a valor nominal...**".*

La Bolsa Boliviana de Valores (BBV) tanto en su Recurso de Revocatoria como en el tenor del Recurso Jerárquico reconoce que los Puestos de Bolsa, como todo derecho, son valorables en dinero, sin embargo afirma que no le corresponde realizar dicha valoración.

Al respecto y según se ha establecido técnicamente conviene aclarar, que al constituir los estados financieros el registro contable de los hechos económicos de una entidad, la sola necesidad ó "decisión voluntaria" de asentarlos en su contabilidad (tal como lo expresa la BBV), determina **la obligación** de efectuar dicha valoración lo más cercana posible a la realidad económica que lo ha generado.

Si bien el derecho que otorga el poseer un Puesto de Bolsa, puede ser considerado como un intangible para la BBV, por cuanto no existe un límite de puestos disponibles y por ello no es registrado dentro de los activos de su Balance General, tal característica no determina que carezca de valor o que su valoración implique un esfuerzo imposible de realizar para su registro de una forma razonable, tal cual lo exigen los principios de contabilidad generalmente aceptados y la norma regulatoria que aprueba el Manual Único de Cuentas.

La asignación del valor unitario a un registro contable, solo debiera realizarse cuando el bien, servicio o derecho es casi carente de valor, o bien que para valorarlo sea necesario el uso de tal cantidad de supuestos, que su resultado tenga un carácter "excesivamente especulativo" y por ello incongruente con la razonabilidad que deben presentar los Estados Financieros.

Lo anterior **no** es una característica de los Puestos de Bolsa, ya que la valoración por los que poseen dicho derecho, es totalmente objetiva y se expresa en un monto concreto, relacionado con la realidad económica que lo ha originado, cual es el costo que tuvo que pagar para su obtención, es decir el valor de adquisición de dicho derecho.

Tal es así, que el derecho de poseer un Puesto de Bolsa, es registrado dentro del Balance de quienes lo detentan y su asiento contable es respaldado con documentación concreta y objetiva, aquella que dio lugar a la erogación de dinero que tuvo que realizar para adquirir ese derecho.

Es un hecho económico cierto, que las diferentes Agencias de Bolsa, al ser autorizadas para realizar operaciones en los mecanismos de negociación de la BBV, erogan una cantidad de dinero al momento de solicitarlo, monto que en un número concreto de casos fue recibido por la propia BBV y contabilizado como ingreso de dicha Entidad. Por tanto no es evidente la afirmación de la entidad recurrente de que los Puestos de Bolsa no están relacionados con ninguna otra cuenta de su Balance.

En cuanto a la afirmación realizada en la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos de 12 de mayo de 2010 en la que el recurrente afirma que la Bolsa nunca habría recibido, en los hechos, ingresos por estos puestos de Bolsa (a excepción de un caso concreto) debido a que fueron emitidas acciones para capitalizar tales aportes; cabe aclarar que conforme a la Escritura Pública N° 65/94 de 19 de abril de 1994 dichos recursos sí tuvieron su origen en la adquisición del derecho al puesto de bolsa erróneamente contabilizado como aportes de capital, tal como se expone *infra*.

Asimismo no es menos cierto que los ingresos de la Bolsa están conformados por las comisiones que cobra, derivadas de la actividad bursátil en su Ruedo, **por el producto de la venta de Puestos de Bolsa** y por los intereses generados por sus cuentas bancarias o inversiones.

En este sentido, la valoración de los Puestos de Bolsa para su correspondiente registro



en estados financieros de la BBV es: objetivo, cierto y concreto, por cuanto representa una de sus fuentes de ingreso.

Por otra parte, si los Puestos de Bolsa son objeto de negociación con Agencias que se encuentren en la posibilidad legal de transferirlo, el valor también es objetivo, cierto y concreto traducido en el precio final de su transferencia, valor que aunque no sea registrado en las cuentas de ingreso de la BBV, si puede ser conocido, toda vez que se encuentra en los estados financieros de la nueva Entidad que detenta el derecho.

Más aún, se ha observado que la BBV valora los Puestos de Bolsa ya que les asigna un precio para otorgarlos. Se ha observado asimismo que en su momento la BBV distribuyó los ingresos por Puestos de Bolsa a las acciones existentes, para de esta forma incrementarlas y formar parte de su patrimonio. Dicha decisión se encuentra inmersa en el Testimonio N° 65/94 de escritura pública de modificación de la sociedad "Bolsa Boliviana de Valores S.A." cursante en el expediente a fojas 268 a 278, que a la letra reza (fs. 272):

**"... INFORME DEL SÍNDICO DE LA BOLSA BOLIVIANA DE VALORES SOCIEDAD ANONIMA:** -- Para efectuar el análisis, se parte del capital pagado al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y un, que alcanzaba a Bolivianos dos millones novecientos setenta y siete mil quinientos y estaba expuesto en el balance general de la siguiente manera: -- Capital pagado: Bolivianos dos millones ochocientos sesenta y cinco mil.—Aportes por capitalizar: Bolivianos ciento doce mil quinientos.— Total: Bolivianos dos millones novecientos setenta y siete mil quinientos.— El importe de Bolivianos dos millones novecientos setenta y siete mil quinientos incluía Bolivianos setecientos ochenta y siete mil quinientos que correspondían al valor de veinte y un puestos de bolsa cancelados por Agentes. Este último importe no representaba aportes de capital, sin embargo estaba registrado de esa manera. **Por lo mencionado, el valor de los puestos de bolsa se distribuye proporcionalmente entre las doscientas noventa y siete fracciones de acción que formaban el capital a esa fecha; con la distribución mencionada, el nuevo valor de cada acción alcanza a Bolivianos seis mil cuatrocientos uno coma cincuenta y dos...**"

Asimismo, importa referirse a que la valoración de los Puestos de Bolsa y el registro contable no se encuentra específicamente establecido en el Manual Único de Cuentas para Bolsas de Valores, Agencias de Bolsa, Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, Fondos de Inversión y Entidades de Depósito de Valores, sin embargo al utilizar la Bolsa Boliviana de Valores S.A. dicha cuenta no podía haber registrado los derechos de Puestos de Bolsa en otro valor que no sea el nominal, por la determinación expresa que otorga el propio Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, en cuyo apartado 'Débitos' de la cuenta 801.06 'Otras Cuentas de Registro', establece lo

siguiente, "... y otras cuentas de registro a valor nominal...", por lo que el cargo y consiguiente sanción debe ser confirmada..

## **1.2CARGO 8:AMORTIZACIÓN DEL VALOR DEL DESARROLLO DEL SISTEMA MERCADO ELECTRÓNICO BURSÁTIL (MEB).**

La ASFI refiere que la emisión del nuevo Manual de Cuentas que entró en vigencia el año 2007, dejó sin efecto la carta SPVS/IV/C-0774/2004 de 15 de diciembre de 2004 por ser una disposición de alcance general y jerárquicamente superior a cualquier otra instrucción.

Es cierto que dentro la jerarquía normativa emitida por los entes de regulación, una Resolución Administrativa de carácter general o particular se encuentra por encima de una carta; sin embargo es importante recordar que, la norma que dio origen a la nota SPVS/IV/C-0774/2004 de 15 de diciembre de 2004 es la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 410 de 30 de diciembre de 1999, norma de igual rango a la actual y que fue modificada parcialmente a través de posteriores Resoluciones Administrativas.

Por otra parte, toda vez que los actos administrativos emanan de la administración pública las autoridades que se encuentran en ejercicio de la función pública que les confiere la ley, no pueden modificar o revocar los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas individuales y concretas (salvo el caso de que hayan sido emitidos ilegalmente) ya que no debe olvidarse que la firmeza de estos actos garantiza la seguridad jurídica de la cual no pueden disponer de modo arbitrario los funcionarios.

Según lo visto a fs. 190-193 es claro que la carta SPVS/IV/C-0774/2004, creó una situación jurídica y concreta a favor de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., otorgando un plazo de 10 años, a partir de la implementación (que este caso fue el año 2007), para que amortice los cargos diferidos originados por el Sistema Mercado Electrónico de NegociaciónBursátil, situación que a pesar de la emisión de la nueva norma no puede ser modificada por encontrarse firme hasta su conclusión, es decir hasta el año 2017; porque como es obvio, si una situación jurídica se ha consolidado bajo una norma de regulación anterior, no existe un conflicto de normas, como tampoco lo habrá cuando los hechos y situaciones que deban ser regulados se presenten en su integridad durante la vigencia de la nueva norma regulatoria.

La ASFI no ha considerado que la garantía que permite solucionar un conflicto de normas en el tiempo, es la irretroactividad, según la cual la norma nueva rige para todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, lo que permite que se respeten los derechos, hechos y relaciones jurídicas formados de manera válida bajo el imperio de una anterior. Esta prohibición de retroactividad encuentra su razón de ser en el mantenimiento del orden público, pues otorgar, como pretende el órgano regulador, efectos retroactivos a las normas nuevas, significaría destruirla confianza y la seguridad que se tiene en las normas jurídicas por parte de los regulados del mercado de valores a los cuales se aplican tal norma regulatoria

El entendimiento jurídico glosado se confirma con la jurisprudencia constitucional señalada por la Sentencia Constitucional 0069 de 8 de agosto de 2006 al expresar que :  
“(…) Con relación a los derechos adquiridos, cabe recordar que este Tribunal, en su SC 1421/2004-R, de 6 de septiembre, ha expresado la siguiente doctrina jurisprudencial:  
‘(…) **según la doctrina se entiende que los derechos adquiridos o constituidos aquellos derechos que han entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hacen parte de él, y que por lo mismo, no pueden ser arrebatados o vulnerados por quien los creó o reconoció legítimamente, dicho de otra manera, son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Se entiende que en el marco del principio de la seguridad jurídica, **tales derechos deben ser respetados íntegramente mediante la prohibición de que las leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente**’ De la concepción doctrinal expuesta, se deduce que la teoría de los derechos adquiridos emerge del principio de irretroactividad de la ley; (…)” (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).**

La recta interpretación de este punto lleva a concluir que el cargo N° 8 debe ser revocado por cuanto la Bolsa Boliviana de Valores cuenta con autorización expresa de la Ex SPVS para amortizar el valor del MEB en un plazo de 10 años a contar desde la implementación del Sistema MEB, por lo que no existiría vulneración alguna.

Adicionalmente y desde un punto de vista técnico, la ASFI debió considerar los efectos económico financieros sobre el regulado, toda vez que la inversión para el desarrollo de este proyecto de gran envergadura dependió de la autorización otorgada por el órgano regulador para la amortización, en un período suficientemente razonable para reconocer el gasto erogado y no afectar materialmente la posición económica y financiera y en particular los resultados de las gestiones posteriores a la implementación del proyecto de la BBV S.A.. La decisión del órgano regulador de acortar el período de amortización del proyecto de 10 a 4 años determina efectos materiales sobre la exposición de los resultados de los períodos involucrados, más aún si se compara el monto invertido con el patrimonio de la entidad.

### **1.3. CARGO N° 14: ATRIBUCIONES DEL COMITÉ DE INSCRIPCIONES PARA OTORGAR PLAZOS.-**

Se advierte que en la Escritura Pública, de Modificación de Estatutos y Escritura de Constitución de la Bolsa Boliviana de Valores, N° 409/2006 de 12 de mayo de 2006, cursante a fs. 56 a 78 del expediente administrativo, el artículo 67 determina la delegación de facultades mencionando que: “ *El directorio podrá delegar, en uno o más de sus miembros, gerentes, administradores, apoderados o terceras personas, en todo o en parte, las facultades que le otorgan los estatutos (…)*.”

Por su parte el artículo 68 de manera más específica se refiere a los Comités de Directorio, estableciendo que: “*El Directorio podrá delegar parte de sus funciones y*

facultades (...)a comités compuestos por miembros del Directorio y terceras personas(...). Sin perjuicio de lo anterior, **las funciones y atribuciones de registro establecidas en el artículo anterior SERÁN delegadas (...) a un COMITÉ DE INSCRIPCIÓN (...)**”

Cerrando el círculo, el artículo 66 determina las facultades y responsabilidades del Directorio, cuando en el numeral 1 inciso k) facultades administrativas y de **representación** indica: **“otorgar poderes generales y especiales a personas naturales o jurídicas, delegando en parte sus atribuciones”**.

De las normas citadas se infiere lo siguiente:

- a) Que, el Directorio tiene facultades de delegación
- b) Que, las facultades de registro del numeral 3 incisos a) y b) **SERÁN** (tiempo futuro) delegadas a un Comité de Inscripción
- c) Que, la delegación de las facultades de registro al Comité de Inscripción deben realizarse mediante el otorgamiento de un mandato especial (poder) o a través de un reglamento especial.

Aplicando lo anterior, se ha podido establecer que mediante el Reglamento Interno de Registro de Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores, aprobado en sesión de Directorio y homologado por la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 924 de 28 de octubre de 2008 en su versión original y, en sus modificaciones primera, segunda y tercera a través de Resoluciones Administrativas SPVS/IV/Nº 467 de 28 de mayo de 2008, SPVS/IV/ Nº 799 de 13 de octubre de 2008 y ASFI Nº 043/2009 de 30 de junio de 2009 respectivamente, el Directorio delegó expresamente su atribución de inscripción al Comité de Inscripciones, conforme lo determinado en el Artículo 1.12 del mencionado Reglamento Interno, estableciendo como funciones propias de dicho comité, entre otras las siguientes:

- “ a) Aprobar o rechazar las solicitudes de inscripción de Instrumentos Financieros para su Negociación y Cotización en la BBV a través de cualquier Mecanismo de Negociación;
- b) Aprobar o rechazar las solicitudes de inscripción de los Programas de Emisión;
- (...)
- f) Otras establecidas por el Directorio”

De las funciones transcritas se evidencia que el Comité de Inscripciones únicamente puede aprobar o rechazar las solicitudes de inscripción más no otorgar plazos a los emisores para la presentación de documentación de carácter esencial, a no ser de que esta función haya sido establecida por el Directorio mediante instrucción específica que conste en el Acta de Directorio correspondiente o en el Acta del Comité de Inscripciones donde consta que dicha decisión ha sido adoptada. Situación que en el presente caso no aconteció.

De lo señalado se concluye que la ASFI al aplicar el cargo impuesto ha obrado conforme a derecho y velando por la promoción de un Mercado de Valores organizado, integrado, eficaz y transparente. En este sentido cabe pronunciarse por la confirmación del cargo N° 14.

## **2. CRITERIO DE CONCURRENCIA DE INFRACCIONES, PRINCIPIOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.-**

Como dice Alejandro Nieto García (“Derecho Administrativo Sancionador”, 4 ed. 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 concretada las que se encuentran agrupadas en la clase”*

Estas fases citadas por *la legerenda* 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. Elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión de la sanción impuesta por el órgano regulatorio sectorial, quien cuenta con la facultad sancionatoria:

Tipificadas las infracciones y en función a la actividad complementaria que el órgano regulatorio debe observar, se ha verificado que, la ASFI procedió a su calificación encuadrando las infracciones cometidas por la BBV dentro el primer rango determinado por el artículo 20 inciso b) del Decreto Supremo 26156, delimitando de esta forma la cuantía sancionatoria desde \$us. 500.- hasta \$us. 10.000.- conforme lo dispone el artículo 13 del citado Decreto para enseguida pasar a la graduación de la sanción.

En este entendido, y siguiendo la normativa aplicable, la ASFI consideró el criterio del concurso de infracciones establecido por artículo 7 inciso c) del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores otorgando – según expresa- al cargo 1 el grado máximo, teniendo en cuenta como circunstancias concurrentes que la Entidad a través del Comité de Inscripción del Directorio, habría sesionado y autorizado la inscripción de los valores “Hotel Europa NAFIBO 011” y las Acciones suscritas y pagadas del Fondo Financiero Fassil S.A., sin que estos valores previamente hayan sido registrados y autorizados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Queda claro entonces, y además aceptado por la propia entidad recurrente (por cuanto no ha recurrido el cargo 1), que dado que, por un mismo hecho se ha

constituido más de una infracción tipificada en el artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores (inciso i relacionado con el inciso a ) y la Reglamentación Interna de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. se aplicó la sanción que correspondía a la infracción más grave, incrementada en un cincuenta por ciento (50%).

En cuanto a la concreción de la cuantía dentro del margen preestablecido por la norma (\$us. 500.- a \$us. 10.000), el Reglamento no establece un procedimiento para la determinación del monto que la Autoridad Regulatoria debe imponer dentro de dicho rango, dejando en todo caso cierta libertad, que no debe confundirse con amplia discrecionalidad ni arbitrariedad, sino en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo, posición coincidente con lo mencionado por Leodegario Fernández Marcos ("El Procedimiento Administrativo Sancionador", Valencia 1991, pág. 136) "*Los criterios legales de graduación son circunstancias que rodean la infracción y condicionan el ejercicio de la facultad sancionadora administrativa, al aplicar la sanción en cualquiera de sus grados. Lo importante es subrayar, en todo caso, que los criterios de graduación que se establecen limitan la discrecionalidad administrativa al aplicar el grado de la correspondiente sanción*".

Asimismo, queda expuesto el hecho que el recurrente no ha conocido el monto de sanción que se ha impuesto para cada cargo, generándole incertidumbre, por lo que corresponde traer a colación el precedente sentado por esta Cartera de Estado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010, que expresó:

*"...Siguiendo el presente análisis, se tiene que el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limita a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde...*

*...En este contexto el inciso a) del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 establece una multa en el grado de Primer Rango de \$us. 500, hasta \$us 10.000, siendo una facultad discrecional del operador de justicia administrativa, establecer bajo ese parámetro económico la sanción a imponer, pero sin olvidar la obligación de motivar no solamente la conducta de la infracción sino también la sanción que se imponga.*

*El regulador señala que las acciones e infracciones cometidas por el recurrente constituyen un Concurso de infracciones, entonces la sanción de multa habría sido impuesta, tomando dicha consideración y estableciendo un monto único, sin embargo no fundamenta y permite evidenciar la aplicación correcta del Art. 7 del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001.*

*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 tipificadas 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 en un porcentaje determinado por ley como consecuencia de la comisión de más de una infracción ya sea con un acto o varios actos sucesivos.*

*Por lo que, queda claro que dentro los parámetros de sanción que establece el artículo 13, del Decreto Supremo N° 26156 (desde \$us. 500 hasta \$us. 10.000), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de imponer sanción pecuniaria por los cargos (...), 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.*

*En efecto, sí la Autoridad Fiscalizadora, hubiere realizado una correcta aplicación de la norma, desarrollando en la parte considerativa, el monto de sanción que se pretendía imponer a cada una de las infracciones cometidas sujetas a sanción pecuniaria, para luego aplicar el procedimiento establecido para el Concurso de Infracciones, hubiera dado certidumbre y certeza al administrado, permitiendo ejercer su derecho a la defensa, sobre determinaciones claras y precisas, sin lugar a la emisión de un acto administrativo poco claro..."*

Por todo lo desarrollado se llega a la conclusión que, aunque es atribución de la entidad reguladora aplicar sanciones a los regulados cuando determine infracciones que generen prácticas no autorizadas por la normativa del sector, no debe olvidarse que la actividad de la Administración Pública debe estar enmarcada en los principios generales del procedimiento administrativo, como garantía individual del regulado, donde el principio de congruencia manda a contar con Resoluciones definitivas motivadas y congruentes, situación que no sucedió en el presente caso conforme se ha desarrollado *up supra*, situación que además de afectar al regulado incide en la determinación que deba asumir este Ministerio a tiempo de resolver el Recuso

Jerárquico, por lo que se anula el procedimiento a objeto de que la Autoridad Fiscalizadora proceda con la regularización de la sanción, sin perjuicio de tomar en cuenta las consideraciones legales expuestas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica en el marco del principio de economía procesal.

**CONSIDERANDO:**

Conforme se estableció en los precedentes administrativos, emitidos mediante Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confrontan los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos *a priori* por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a defectos de forma, cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 37 norma la convalidación y saneamiento procesal de los actos anulables disponiendo en su parágrafo I lo siguiente:

*“Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.”*

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión del recurrente causal fundamental para su aplicación.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad al artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **ANULAR** la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia,

**RESUELVE:**



**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** la Resolución Administrativa ASFI/N° 181/2010 de 11 de marzo de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 007/2010 de 12 de enero de 2010 modificada por la Resolución Administrativa ASFI N° 103/2010 el 04 de febrero de 2010, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa, tomando en cuenta lo determinado en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



## **RECURRENTE**

ENTIDAD DE DEPÓSITOS DE VALORES DE BOLSA S.A. (EDV)

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 198/2010 DE 16 DE MARZO DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2010 DE 01 DE JULIO DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA PARCIALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2010**

La Paz, 1 de julio de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A. (EDV)** contra la Resolución Administrativa ASFI 198/2010 de 16 de marzo de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 060/2010 de 21 de enero de 2010, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 034/2010 de 25 de junio de 2010 y el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 005/2010 de 26 de mayo de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 7 de abril de 2010, la **Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A. (EDV)** representada legalmente por el señor Javier Aneiva Villegas tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 239/2009 de 30 de mayo de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Mabel H. FernándezRodríguez contra la Resolución Administrativa ASFI 198/2010 de 16 de marzo de 2010 que confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 060/2010 de 21 de enero de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de abril de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A. (EDV)**, mismo que fue notificado el 19 de abril de 2010.

Que, el 20 de mayo de 2010, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud la Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A. (EDV),

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

**1.-RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 056/2010 DE FECHA 21 DE ENERO DE 2010**, posteriormente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa N° 080/2010 misma que modificó de oficio, la numeración en la Resolución ASFI N° 056/2010 de 21 de enero de 2010, quedando ésta signada como Resolución ASFI N° 060/2010 de 21 de enero de 2010 determinando:

### **“PRIMERO.-**

*Modificar el Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores aprobado originalmente mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 967 de 13 de diciembre de 2002, en sus artículos 4°, 7°, 10°, 12°, 15, °17°, 21° y 77°, como sigue:*

#### **Artículo 4°.- (Modificación del tercer párrafo)**

*‘.....A objeto de que la Autoridad Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) verifique la adecuación del capital social requerido se deberá remitir a la misma dentro del plazo previsto por el párrafo anterior, original o copia legalizada del Testimonio de la Escritura Pública de aumento de capital debidamente inscrita en el Registro de Comercio.’*

#### **Artículo 7°.- (Modificación inciso b)**

*Previa a la constitución de la sociedad conforme a las disposiciones mercantiles vigentes, las personas jurídicas que tengan la intención de constituir una Entidad*

de Depósito de Valores deberán presentar los siguientes requisitos específicos ante la ASFI

...b) Respecto de las personas jurídicas interesadas:

- 1) Original o copia legalizada del Testimonio del Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas en la que se resuelva la participación como accionista en una Entidad de Depósito de Valores, o documento equivalente según corresponda. Dicho Testimonio deberá encontrarse debidamente inscrito en el Registro de Comercio o contar con las formalidades pertinentes de acuerdo al tipo de sociedad de que se trate.
- 2) Original o copia legalizada del Testimonio de la Escritura Pública de Constitución, debidamente inscrito en el Registro de Comercio.
- 3) Original o copia legalizada del Testimonio de los Poderes de los representantes legales que correspondan, debidamente inscritos en el Registro de Comercio.
- 4) Copia legalizada del Número de Identificación Tributaria (NIT).
- 5) Original o copia legalizada de la última Actualización de Matrícula emitida por el Registro de Comercio."

#### **Artículo 10°.- (Modificación a todo el artículo)**

Una vez cumplidos los requisitos descritos anteriormente y realizada la comunicación de conformidad por parte de la ASFI para continuar con el trámite de autorización e inscripción en el RMV, la sociedad deberá cumplir con la presentación de los siguientes requisitos:

- a) Original o copia legalizada del Testimonio de la Escritura Pública de Constitución debidamente inscrito en el Registro de Comercio.
- b) Original o copia legalizada de los Estatutos de la sociedad, debidamente inscritos en el Registro de Comercio.
- c) Original o copia legalizada de los Testimonios de los Poderes de los representantes legales de la sociedad, debidamente inscritos en el Registro de Comercio."

#### **Artículo 12°.- (Inclusión de párrafos)**

Por otro lado, el Directorio de la Entidad de Depósito de Valores deberá promover la capacitación de todos sus funcionarios, con el fin de que estos se encuentren permanentemente actualizados sobre los aspectos normativos internos y externos referentes a las actividades de la misma.

El personal contratado por la Entidad, debe estar permanentemente actualizado con un mínimo de 10 horas por semestre, asumiendo que los mismos concluyen el 30 de junio y el 31 de diciembre de la gestión correspondiente. A este efecto, se deberá contar con la documentación que acredite y respalde la realización de las actividades de capacitación señaladas.

**Artículo 15°.- (Modificación a todo el artículo)**

Salvo los casos de subcontratación previstos por el presente Reglamento, la Entidad de Depósito de Valores debe acreditar la propiedad sobre el equipamiento que corresponda a todas las actividades que realiza la Entidad de Depósito de Valores, así como, la propiedad de los programas de cómputos específicos o particulares que soportan el sistema.

**Artículo 17°.- (Modificación segundo párrafo e inclusión de párrafos)**

'...Asimismo, la Entidad de Depósito de Valores debe contar con planes de contingencia para la recuperación de sus funciones con la mayor rapidez posible, de forma tal que, se asegure el adecuado y normal desenvolvimiento de sus servicios y que el mercado no se vea afectado. Estos planes de contingencia incluirán a todas las áreas de la Entidad, debiendo ser enviados los mismos al ente regulador con anterioridad a la realización de las pruebas integrantes de contingencia que realicen.

Estas pruebas, se realizarán semestralmente hasta el 30 de junio la 1ra. prueba y hasta el 31 de diciembre la 2da. prueba de la gestión correspondiente. La ASFI según estimare conveniente podrá reducir o ampliar este período de tiempo, pudiendo el ente regulador designar un funcionario para estar presente en las mencionadas pruebas.

La Entidad de Depósito de Valores debe remitir a la Autoridad de Supervisión un informe pormenorizado de los resultados obtenidos en dichas pruebas, incluyendo la documentación de respaldo correspondiente, hasta los 30 (treinta) días calendarios posteriores a la finalización de cada una de las pruebas

**Artículo 21°.- (Inclusión de un último párrafo)**

La Entidad de Depósito deberá respetar y cumplir en todo momento lo establecido en sus Reglamentos, Políticas, Manuales, Normas Internas, Procedimientos Internos y otros de la Entidad, así como, la normativa vigente del Mercado de Valores.

**Artículo 77°.- (Modificación segundo párrafo)**

"A su vez, los Participantes deberán contratar los servicios de uno o más bancos como Entidades de Liquidación en acuerdo a lo siguiente:

i) Para la liquidación de sus posiciones netas acreedoras, los Participantes deberán utilizar los servicios de un solo banco como Entidad de liquidación.

ii) Para la liquidación de sus posiciones netas deudoras, los Participantes podrán utilizar los servicios de más de un banco como Entidad de liquidación."

Los contratos que suscriban los Participantes con sus entidades de liquidación, estipularan al menos lo siguiente:..."

## **SEGUNDO.-**

En cumplimiento del artículo 34 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, el contenido de la presente Resolución será objeto de publicación en un diario de circulación nacional.

## **TERCERO.-**

Dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de emisión de la presente Resolución Administrativa, la Jefatura de Intermediarios de la Dirección de Supervisión de Valores elaborará y difundirá un texto ordenado de la Normativa para Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, que incluya todas las modificaciones introducidas con posterioridad a su aprobación original realizada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 967 de 13 de diciembre de 2002."

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 12 de febrero de 2010 la Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A (EDV) interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 060/2010 de 21 de enero de 2010 con los siguientes fundamentos de orden legal.

### **"RECURSO DE REVOCATORIA.**

Al presente, en la vía del Recurso de Revocatoria parcial, a nombre de mi mandante, solicitó la revocatoria de los textos modificatorios que establece la Resolución para la sustitución de los artículos 15° y 21° del Reglamento, en razón a que dichos cambios contienen deficiencias de orden conceptual que atentan a nuestros legítimos intereses y por consiguiente disponga la adecuación a Derecho de los actos administrativos dictados por la ASFI y sea en atención a los fundamentos que a continuación se exponen:

#### **Imprecisión en el alcance del artículo 15° reformado.**

El texto modificatorio del artículo 15° del Reglamento, establece que las Entidades de Depósito de Valores deben acreditar, entre otros, la propiedad de



los programas de cómputos específicos o particulares que soportan el sistema. Al respecto de la referida modificación cabe señalar que el texto incorporado resulta impreciso y de alcance ambiguo. Debemos tener presente, en nuestro caso particular, como la mayoría de instituciones financieras bursátiles, que nuestros sistemas informáticos se componen de un software base con aplicaciones como Windows, Office, Oracle, etc., y un software del negocio, el cual se encuentra compuesto por aplicaciones informáticas específicas de cada institución. Por consiguiente, al disponer que una entidad detente la propiedad de los programas de cómputo, sin especificar cuáles, se estaría solicitando que seamos propietarios de productos masivos de corte mundial, cuyos derechos patrimoniales no pueden ser adquiridos por nuestra Entidad. En este sentido la redacción modificatoria se hace imprecisa ambigua y su cumplimiento se torna imposible de realizar.

#### **Afectación de derechos adquiridos y licencias consolidadas.**

Como efecto adicional de la disposición que establece que una Entidad de Depósito de Valores debe ser propietaria de los programas de cómputo, y como resultado de la supresión del inciso b) del anterior artículo 15º, que establecía que la Entidad de Depósito de Valores **'b) Debe acreditar propiedad de los programas de cómputo específicos o particulares que soportan el sistema, o en su defecto acreditar que cuenta con la licencia de uso..'** nuestra Entidad se encontraría prácticamente obligada a la adquisición de los derechos patrimoniales del software del negocio que actualmente utiliza, software sobre el cual, de conformidad a la normativa anterior, había obtenido licencia de uso de carácter indefinido. En todo caso la referida disposición modificatoria del artículo 15º ocasionaría un grave efecto económico sobre nuestra Entidad, beneficiando indirectamente al proveedor, quien ante nuestra obligación de adquirir su producto podría estipular el precio que libremente determine sin que podamos negociar en condiciones equitativas.

#### **Vulneración de los derechos de contratación y arrendamiento.**

Por otra parte el texto modificatorio del artículo 15º, también suprime el inciso a) del artículo que modifica, dicho inciso establecía de manera expresa que la Entidad de Depósito de Valores **'Debe acreditar propiedad sobre el equipamiento, o en su defecto acreditar la existencia de un arrendamiento sobre el mismo en condición de usuario..'** Como se puede apreciar el efecto de suprimir el texto referido ocasiona la supresión ilegal de nuestro derecho a realizar contratos y actos de arrendamiento, entre ellos el Leasing o arrendamiento financiero, figura reconocida como una forma de adquirir la propiedad y que es ampliamente utilizada en nuestro medio. Por consiguiente la supresión de la manifiesta posibilidad de efectuar arrendamientos atenta contra nuestros derechos constitucionales consagrados en el artículo 14 parágrafo I y III y 110 de la Constitución Política del Estado, además de vulnerar flagrantemente la libertad contractual a que tenemos derecho como efecto de lo dispuesto por el artículo 454 del Código Civil en actual vigencia.

### **Inaplicabilidad del párrafo complementario al artículo 17° reformado.**

De manera inexplicable el texto modificatorio del artículo 21° incluye la curiosa previsión que establece que **'La Entidad de Depósito de Valores debe respetar y cumplir en todo momento lo establecido en sus Reglamentos, Políticas, Manuales, Normas Internas, Procedimientos Internos y otros de la Entidad, así como, la normativa vigente del Mercado de Valores'**. Al respecto de la referida disposición cabe señalar que la misma, en los hechos, resulta inaplicable debido a que la instancia que aprueba las referidas disposiciones internas es el Directorio y la alta gerencia de nuestra Entidad, es decir que las mismas no son sujetas a la aprobación de la ASFI, salvo las disposiciones que se mencionan expresamente en el primer párrafo del artículo 17°. Cabe tener presente que las Políticas, procedimientos, etc., de nuestra Entidad son un acopio de estándares, principios, costumbres y mejores prácticas administrativas del mercado, las cuales tienen un carácter dinámico, práctico y altamente mutable dado que todas estas disposiciones son susceptibles de perfeccionamiento, por consiguiente las referidas prácticas no mantienen un carácter de estabilidad permanente en el tiempo, como por ejemplo la normativa del mercado de valores. La incorporación del texto modificatorio del artículo 17° ocasionaría que cualquier omisión a nuestras prácticas internas sea considerada como una contravención al Reglamento, aspecto que consideramos excesivo y abiertamente atentatorio del normal desempeño de nuestras actividades e intereses.

### **PETITORIO.**

Por lo sucintamente expuesto y expresado como se encuentra nuestro Recurso de Revocatoria, de conformidad con los términos ya señalados, respetuosamente pedimos a su autoridad que dicte Resolución expresa revocando parcialmente la Resolución Administrativa ASFI No. 056/2010, (reenumerada con el correlativo -Resolución ASFI No. 060/2010- por efecto de la Resolución ASFI No. 080/2010 de fecha 28 Ene 2010), y en consecuencia deje sin efecto los textos modificatorios para la sustitución de los artículos 15° y 21° del Reglamento, y sea por contener errores conceptuales y omisiones que los afectan substancialmente, y sea por corresponder en estricto derecho y justicia."

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 198/2010 DE 16 DE MARZO DE 2010.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 198/2010 de 16 de marzo de 2010 se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 060/2010, modificando el artículo 15 del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de la siguiente manera:

**Artículo 15°.**-Salvo los casos de subcontratación previstos por el presente Reglamento, la Entidad de Depósito de Valores debe observar lo siguiente con relación al sistema informático que administra para la provisión de servicios

- a) Debe acreditar propiedad sobre el equipamiento, o en su defecto acreditar la existencia de un arrendamiento sobre el mismo en condición de usuario, debiendo mantener vigente en todo momento el derecho de uso sobre el equipamiento
- b) Debe acreditar propiedad del **Software del Negocio**, o en su defecto acreditar que cuenta con la licencia de uso, debiendo mantener en todo momento la vigencia de la misma.

Al respecto, de las aplicaciones referidas al **Software del Negocio**, la Entidad de Depósito de Valores debe mantener en sus dependencias, los manuales de usuario, manuales de instalación y manuales técnicos (si corresponde) debidamente actualizados.

Asimismo, independientemente de la condición de propiedad o uso de la licencia, la Entidad de Depósito de Valores debe implementar mecanismos de contingencia que garanticen el acceso y uso a los programas fuente y documentación técnica actualizados del **Software del Negocio**.

- c) Debe acreditar que cuenta con la licencia de uso del **Software Base**, debiendo mantener en todo momento la vigencia de la misma.

En este entendido, la definición de **Software del Negocio** se refiere a programas de aplicaciones desarrollados para llevar a cabo una o varias tareas específicas con especial énfasis en el giro del negocio.

- d) Asimismo, la definición de **Software Base**, se refiere a toda aquella parte lógica que tiene como función coordinar las diversas partes del sistema computacional actuando como mediadores entre los programas de aplicaciones y el hardware, estos se pueden clasificar en Sistema Operativo, Utilitarios, Traductores de Lenguajes 'compiladores' y Motor de Base de Datos.'

SEGUNDO.- Dejar firme y subsistente las demás modificaciones al Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación incorporadas mediante Resolución ASFI No. 60/2010 de 21 de enero de 2010, en particular el último párrafo del artículo 21.

Bajo los siguientes fundamentos:

**“CONSIDERANDO:**

*Que, con relación al fundamento referido a que el texto incorporado en la modificación al artículo 15, resulta impreciso y de alcance ambiguo, además del hecho de que la EDV S.A. se encuentra imposibilitada de realizar contratos y actos de arrendamiento, obligando a la misma a adquirir los derechos patrimoniales del software del negocio que actualmente utiliza, ocasionando un grave efecto económico sobre la Entidad, cabe aclarar que, la modificación al artículo 15 del Reglamento de Entidades de Depósito, fue implementada con el fin de que, la Entidad mantenga en sus dependencias la documentación técnica y de usuario de los programas de cómputo específicos o particulares que soporta el sistema, ya que durante las inspecciones realizadas a sus sistemas informáticos por parte de esta Autoridad de Supervisión, se solicitaron los Manuales de Usuario, situación en la cual la EDV S.A. argumentó que no poseía los mismos, porque el proveedor de la licencia no se los había facilitado, originando que no se realicen pruebas a los procesos críticos automatizados de la EDV S.A. Por lo que, posteriormente se identificó un riesgo latente relacionado con sus operaciones que podrían afectar directamente a los participantes y usuarios de dicha Entidad.*

*Que, el Recurso de Revocatoria observa puntos que se refieren a la imprecisión y ambigüedad del texto planteado, el cual consideramos que no fue entendido ampliamente por la EDV S.A., siendo que el texto propuesto señalaba la acreditación de propiedad de los programas de cómputo específicos o particulares que soportan el sistema, lo cual se refiere específicamente al **Software del Negocio**.*

*Que, en este entendido, es pertinente modificar el texto del artículo 15, incluyendo 2 definiciones específicas (**Software del Negocio y Software Base**), a fin de que la EDV S.A. pueda mantener en sus dependencias los manuales y demás documentación relacionada a sus programas de cómputo.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, con relación al artículo 21 del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, la EDV S.A., no ha considerado que esta Autoridad de Supervisión en ejercicio de su facultad normativa establecida en el artículo 15 numerales 8 y 25 de la Ley No. 1834 del Mercado de Valores, para instrumentar la aplicación y el cumplimiento de la Ley y sus reglamentos, ha introducido la modificación del artículo 21 del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores. En ese sentido, la medida asumida por ASFI se encuentra dentro del objetivo de precautelarse el desarrollo de un mercado transparente, eficaz y ordenado.*

*Que, al ser una entidad regulada por esta Autoridad y al encontrarse bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercado de Valores y sus reglamentos, tiene*

la obligación de emitir su reglamentación interna, acorde a la normativa marco y por ende, dar cumplimiento a la misma mientras se encuentre vigente, en ese entendido, no se estaría atentando el normal funcionamiento de la Entidad, por el contrario, se sumaría un instrumento normativo para el mejoramiento de su gestión interna.

**CONSIDERANDO:**

Que, analizados los fundamentos presentados en el memorial de 12 de febrero de 2010 por la Entidad de Depósito de Valores S.A., en contra de la Resolución ASFI No. 60/2010 de 21 de enero de 2010, el Informe Técnico ASFI/DSV/R-19168/2010 de 02 de marzo de 2010, emitido por la Dirección de Supervisión de Valores, concluye señalando:

- Con relación al artículo 15, se recomienda modificar el texto de dicho artículo, incluyendo 2 definiciones (**Software del Negocio y Software Base**), a fin de que la EDV mantenga en sus dependencias los manuales de usuario, manuales de instalación y manuales técnicos (si corresponde), debidamente actualizados del software para llevar a cabo tareas específicas con especial énfasis en el giro del negocio.

-Con relación al artículo 21, la modificación se ratifica, ya que la EDVS.A. tiene la facultad y la obligación de emitir su normativa interna acorde a lo estipulado en la Ley del Mercado de Valores, y por consiguiente, dar cumplimiento de dicha Ley marco mientras esta se encuentre vigente.

**CONSIDERANDO:**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-25002/2010 de 16 de marzo de 2010, ha concluido señalando que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución recurrida, en relación al alcance del artículo 15.

Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 37 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera los recursos administrativos proceden contra toda resolución de carácter definitivo, de alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o tercer interesado, afecte o lesione sus derechos; sin embargo, de la revisión del recurso de revocatoria, en relación a la incorporación del últimopárrafo del artículo 21 el recurrente no ha demostrado ni fundamentado las lesiones o perjuicios que causa a sus derechos subjetivos o intereses legítimos por lo que es preciso que señale de manera clara y precisa la relación de causalidad entre el hecho que le sirve de fundamento y la lesión causada al derecho o garantía.

*Que, consecuentemente, el cumplimiento de esta exigencia no se reduce a enunciar que se le hubieran lesionado derechos, sino, a explicar desde el punto de vista causal que esos hechos han lesionado sus derechos, hecho que no ha sido demostrado ni expuesto en el recurso de revocatoria, por lo que recomienda confirmar parcialmente la Resolución recurrida(...)"*

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 7 de abril de 2010 la **Entidad de Depósitos de Valores de Bolivia S.A. (EDV)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 198 de 16 de marzo de 2010 argumentado lo siguiente:

##### **“III. FUNDAMENTO PROCESAL DEL RECURSO JERÁRQUICO**

*El presente Recurso Jerárquico es planteado de conformidad con el artículo 66 parágrafos I y II de la Ley No.2341 de 23 de abril de 2002 (Ley de Procedimiento administrativo)) y los artículos 52 y 53 del D.S. No.27175 de 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI).*

##### **IV. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL RECURSO JERARQUICO.**

*Mediante Resolución Administrativa ASFI No.198/2010, de fecha 16 de marzo de 2010, notificada en fecha 23 de marzo de 2010, el Director Ejecutivo a.i. de la ASFI, ha confirmado parcialmente la Resolución Administrativa ASFI No. 056/2010, reenumerada Resolución ASFI No. 060/2010, allanándose a la modificación del artículo 15 del Reglamento para Entidades de Depósito de Valores, pero dejando subsistentes las modificaciones dispuestas para el artículo 21 del referido Reglamento. En consecuencia, en tiempo hábil y forma oportuna, queda franqueada la vía procesal del Recurso Jerárquico conforme dispone el artículo 66 parágrafos I y II de la ley No. 2341. El presente Recurso Jerárquico se encuentra dirigido en contra del Director Ejecutivo a.i. de la ASFI, por ser la autoridad reguladora que ha dictado la Resolución objeto de impugnación, para que sea admitido y tramitado por y ante el Señor Director de la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Hacienda.*

##### **V. LOS HECHOS.**

*Con el propósito que la autoridad que va ha (sic) conocer el presente Recurso, aprecie el sustento en el cual hemos basado nuestro Recurso de Revocatoria, corresponde señalar los aspectos sustanciales del mismo, dejando establecido lo siguiente:*

- 5.1 *La solicitud de revocatoria del texto complementario del artículo 21° del Reglamento, se funda en el hecho de que la normativa y procedimientos internos de la EDV, son un acopio de estándares, principios, costumbres y*

mejores prácticas administrativas del mercado, es decir el 'Knowhow' o "saber hacer" propio de nuestra actividad, por lo que dichos procedimientos son dinámicos, variables, y altamente mutables en el tiempo, dado que todas estas disposiciones son susceptibles de perfeccionamiento. Por consiguiente, las referidas prácticas no mantienen un carácter de estabilidad permanente en el tiempo que posibilite el efectivo control de su cumplimiento, como se hace con las normas de cualidad perenne y que gozan de estabilidad casi permanente, por ejemplo la normativa del mercado de valores. Por consiguiente, la incorporación del texto modificador del artículo 21º ocasionaría que cualquier omisión a nuestras prácticas internas sea considerada como una contravención al Reglamento de Entidades de Depósito de Valores, aspecto que consideramos excesivo y abiertamente atentatorio a nuestros derechos e intereses, debido a que la ASFI no explica apropiadamente si los incumplimientos a nuestros procedimientos internos serían sancionables bajo el mismo tratamiento que los incumplimientos a la normativa externa, ya sean contravenciones a la Ley o a la normativa emitida por la ASFI, lo cual implicaría asumir obligaciones desproporcionadas y quedar sujetos a interpretaciones arbitrarias sobre la aplicación de las sanciones.

- 5.2 La ASFI, en un análisis superficial, sostiene que la afirmación de la EDV, resulta solamente enunciativa y que no se habría demostrado las lesiones o perjuicios que su determinación causaría a los derechos subjetivos o intereses legítimos de nuestra Entidad.
- 5.3 La Resolución de la ASFI omite establecer un marco sancionatorio adecuado para el tratamiento de las infracciones que acontezcan a nuestros procedimientos internos, las mismas que por su inmaterialidad o nula vinculación o afectación a terceros no resultan de tratamiento relevante.
- 5.4 Tanto la Resolución(sic) como la Resolución ASFI No. 198/2010 pasan por alto la consideración de que las actividades sancionatorias para amonestar las infracciones a los procedimientos internos deberían encontrarse revestidas de una especificación y mención de criterios valorativos que definan lo que resulta sancionable y lo que no es así. Debemos recordar que cualquier norma para su adecuado cumplimiento y observancia requiere mínimamente de un periodo de implementación y estabilidad ya que las normas a diferencia de los estándares o lineamientos, deben manifestar estabilidad en el tiempo a fin de obtener seguridad y certidumbre jurídica.
- 5.5 Por otra parte debemos tener presente que la EDV de manera voluntaria, viene realizando desde el año 2002, esfuerzos enormes por implementar procedimientos ágiles y adecuados, basados en su propia práctica y experiencia, para atender la complejidad de su operativa diaria. Dicho aspecto no implica que los referidos procedimientos estén alejados o no alineados a la normativa marco que impone la ASFI, o que los mismos no sean controlados de manera interna, sin embargo debemos entender que estos procedimientos y normativa interna son un trayecto no una meta en si, por lo

mismo no pueden ser supervisados en términos de cumplimiento o incumplimiento.

## **VI. CONSIDERACIÓN DE LOS HECHOS.**

Corresponde, respecto de los hechos referidos en el punto V anterior, puntualizar las deficiencias contenidas en la Resolución y en el artículo Segundo de la Resolución ASFI No. 198/2010, que como podrá apreciarse, hacen que la complementación del artículo 21° del Reglamento carezca de sustento legal y que contemple serias omisiones de hecho y de derecho, puesto que la ASFI al tratar de componer un ámbito normativo que trasciende sus propios fueros, abarcando, inclusive, nuestros procedimientos y normativa interna, no establece de manera concreta el marco sancionatorio al cual nos remitiríamos en caso de infracción a nuestros procedimientos, ocasionando con ello que debamos presentar este Recurso Jerárquico en procura de que se revoquen las injustas decisiones asumidas.

### **6.1 Inexistencia de un marco sancionatorio para infracciones a los procedimientos y normativa interna de la EDV.**

La Resolución no especifica el marco sancionatorio al cual se sujetarían las infracciones a nuestros procedimientos y normativa interna. Adicionalmente debe quedar claramente establecido que el marco sancionatorio que propicia el Decreto Supremo No.26156 de fecha 12 de abril de 2001 (Reglamento de aplicación de sanciones administrativas de la Ley del mercado de valores), de acuerdo a lo expresamente señalado en su artículo 19 resulta aplicable contra toda infracción a la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, por lo mismo, dicha norma no podría ser aplicable a los casos sobre infracciones a nuestra normativa interna y mucho menos a nuestros procedimientos. En virtud a lo expuesto, la Resolución y el artículo Segundo de la Resolución ASFI No. 198/2010, denotan falta de claridad y exactitud en los términos de su redacción, y hacen que su aplicación esté sujeta a distintas interpretaciones o a arbitrariedad en su futura aplicación por parte de la ASFI, lo que no condice con los principios de igualdad y transparencia a las que se debe la actividad regulatoria.

### **6.2 Al no existir en el texto complementario del artículo 21, ni en la Resolución ASFI No. 198/2010 una clara definición respecto de los requisitos sancionadores mínimos para la consideración de contravenciones internas, la ASFI pretende considerar las infracciones a nuestra normativa interna como infracciones directas a la normativa externa emitida por ese órgano, en este caso al Reglamento de Entidades de Depósito de Valores. Queda claro que valoraciones como las pretendidas, no pueden ser exigidas sin una aclaración específica de lo que sería sancionable.**



**6.3 Las normas, metodologías, políticas, procedimientos internos y otros son dinámicos en el tiempo.**

La normativa y procedimientos internos de nuestra Entidad son establecidos y mejorados a partir de nuestra propia experiencia, mejores prácticas técnicas, operativas y profesionales, específicos para el giro de nuestra empresa, tanto existentes como en surgimiento, lo cual les da un carácter de permanente actualización y mejoramiento. En ese entendido, la ASFI no debería imponer el cumplimiento de prácticas o lineamientos sujetos a constantes cambios en el transcurso del tiempo, por el riesgo de que las entidades sujetas a su regulación podrían incurrir en incumplimientos en cualquier momento, lo que afecta significativamente la seguridad jurídica que debe brindar la ASFI en sus actividades regulatorias.

**6.4 Vulneración de los principios rectores de la actividad regulatoria.**

La determinación de la ASFI ha pasado por alto principios fundamentales de la actividad regulatoria ya que a momento de vincular la observancia y cumplimiento de la normativa interna de la EDV, a la norma general emitida por esa entidad, sin especificar el tratamiento que se daría a las posibles contravenciones y sin considerar la mutabilidad permanente de la referida normativa, ha vulnerado los principios de igualdad y objetividad, prudencia y transparencia, y uniformidad e imparcialidad a los que debe estar sujeto el accionar regulatorio, de acuerdo al siguiente análisis:

a) El principio de igualdad y objetividad a que se encuentra obligada la ASFI ha sido transgredido ya que sin razonable justificación, ha establecido para la EDV parámetros de acción y supervisión diferentes a los de otras personas jurídicas reguladas, ocasionando con ello que la finalidad del acto administrativo impugnado desvirtuó el fundamento ético sobre el cual debe recaer el interés público.

b) El principio de prudencia y transparencia que invariablemente debe estar presente en las actividades reguladoras, en el presente caso no ha reflejado un manejo pulcro e íntegro de las normas y su aplicación en miras a la protección y tutela del interés general. En nuestra opinión, la transparencia no es un problema que atañe exclusivamente a la regulación positiva de la Ley, sino más bien al manejo del procedimiento por parte del regulador. Cabe recordar que la transparencia se cumple cuando se establece una serie de principios que promueven la estabilidad y certidumbre jurídica. Pero además se requiere que en la práctica no se apliquen requisitos que incidan negativamente en la transparencia del procedimiento. El principio de transparencia es entonces un postulado que se informa a su vez de otros principios y normas generales, cuya eficacia se alcanzará a través del cumplimiento de las normas que evidencien un manejo claro de la actividad regulatoria.

c) El principio de uniformidad e imparcialidad no se hace tangible en las disposiciones impugnadas ya que las mismas no disponen un alcance uniforme e

imparcial de la norma puesto que la referida disposición afecta de manera singular a las actividades de la EDV, ocasionando con ello que la norma carezca de objetividad y de eficacia excediendo las facultades discrecionales de la autoridad, prescindiendo de la más elemental mención o referencia específica a los medios o formas que debería observar la EDV para sujetarse a las imposiciones emitidas.

## **VII. EL DERECHO.**

Tal como se ha demostrado por la argumentación expuesta, el texto complementario para el artículo 21 del Reglamento que establece la Resolución, así como la Resolución ASFI No.198/2010, se han apartado de la aplicación del justo proceso y la sana crítica, por lo que nuestros derechos se ven afectados, por defectos de orden legal, razón por la cual reclamamos la falta de consideración y observancia de los siguientes aspectos de orden legal:

**7.1. Artículo 9 numeral 2 de la Constitución Política del Estado**, en cuanto establece que:

**"Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:...**

**2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas..."** En este sentido toda persona (entiéndase natural o jurídica) tiene derecho a la seguridad, debiendo adoptar este postulado constitucional en su sentido más amplio de igualdad ingresando al ámbito de la relación persona-Estado y la relación interpersonal como es la seguridad jurídica, de donde deviene que la sujeción a un marco regulatorio incompleto o irrealizable patenta una situación de incertidumbre e inseguridad, puesto que los regulados no tienen conocimiento ni certeza de las condiciones normativas que se suponen preexistentes. En este caso nuestra Entidad no puede sujetarse a una vinculación normativa que en caso de infracción no tiene establecido el marco sancionatorio correspondiente, quedando sujetos a la arbitrariedad del administrador de la norma.

**7.2. Artículo 15 numeral 25 de la Ley del Mercado de Valores**, cuando señala que **la entidad reguladora debe emitir resoluciones administrativas necesarias para instrumentar la aplicación y el cumplimiento de la Ley y sus reglamentos**. En el presente caso la ASFI no ha emitido un pronunciamiento expreso y detallado sobre el marco sancionatorio para contravenciones a la normativa interna de los regulados, por consiguiente ha faltado a su deber de emitir todas aquellas resoluciones administrativas necesarias para el mercado.

## **VIII. PETITORIO.**

De conformidad con los Hechos y el Derecho expuestos, solicitamos respetuosamente lo siguiente:

- 8.1 *Que el Director Ejecutivo a.i. de la ASFI remita las actuaciones relacionadas con el presente Recurso Jerárquico a conocimiento del Director de la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Hacienda.*
- 8.2 *Que el Director de la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Hacienda, admita el presente recurso y le otorgue el trámite de ley.*
- 8.3 *Que una vez concluidos los trámites legales, el Director de la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Hacienda, en consideración a los antecedentes de hecho y de derecho expuestos en el presente Recurso, revoque parcialmente la Resolución Administrativa ASFI No. 056/2010, (reenumerada con el correlativo -Resolución ASFI No. 060/2010), y en consecuencia deje sin efecto el texto complementario para el artículo 21° del Reglamento, y sea por contener errores conceptuales y omisiones que lo afectan substancialmente, y sea por corresponder en estricto derecho y justicia"*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por la **Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A. (EDV)** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1.-Análisis de la Controversia.-**

La Resolución Administrativa ASFI N° 056/2010 de 21 de enero de 2010, signada posteriormente como Resolución ASFI N° 060/2010 de 21 de enero de 2010, determinó la modificación de los Artículos 4,7,10,12,15, 17, 21 y 77 del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No.967 de 13 de diciembre de 2002, siendo objeto de impugnación por parte de la **Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A. (EDV)** solamente la inclusión del último párrafo al Artículo 21.

Para una mejor comprensión, a continuación se transcribe el Artículo citado con la inclusión dada por la Resolución Administrativa ASFI N° 056/2010 de 21 de enero de 2010:

**“Artículo 21.-** *Al momento de la autorización e inscripción de la Entidad de Depósito de Valores en el RMV y en el marco del referido proceso, la Superintendencia aprobará los estatutos y el Reglamento Interno de la Entidad de Depósito de Valores, así como las demás normas internas presentadas al efecto, verificando que su contenido se ajuste a lo establecido por el presente Reglamento.*

*Cualquier modificación a la documentación presentada en el marco del proceso de autorización e inscripción deberá ser previamente presentada a la Superintendencia para su conformidad, adjuntando al efecto la documentación respaldatoria pertinente. La referida solicitud deberá ser debidamente sustentada ante la Superintendencia cuando corresponda.*

*La Entidad de Depósito deberá respetar y cumplir en todo momento lo establecido en sus Reglamentos, Políticas, Manuales, Normas Internas, Procedimientos Internos y otros de la Entidad, así como, la normativa vigente del Mercado de Valores.”*

Por lo que, debe desarrollarse el análisis a los argumentos esgrimidos por la Entidad de Depósito de Valores (EDV), conforme se procede a continuación:

### **1.1 Normas internas dinámicas.-**

La EDV argumenta que las normas, metodologías, políticas, procedimientos internos y otros son dinámicos en el tiempo, mismos que son establecidos y mejorados a partir de su propia experiencia, mejores prácticas operativas y profesionales, dándoles un carácter de permanente actualización y mejoramiento. Esta situación a decir del recurrente afecta significativamente la seguridad jurídica que debe brindar la ASFI en sus actividades regulatorias.

En primer término se debe precisar que la Ley del Mercado de Valores y sus normas reglamentarias formulan como principal objetivo el regular y promover un mercado organizado, integrado, eficaz y transparente, siendo la EDV una entidad regulada y supervisada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), ex-Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS).

La EDV está en la obligación de cumplir la Ley del Mercado de Valores así como las demás normas regulatorias emitidas para el sector de Valores derivando inclusive en el cumplimiento de su propia normativa interna, dicho esto se tiene que el Artículo 21 del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, hace referencia a la obligación por parte de la EDV de cumplir en todo momento lo establecido en sus Reglamentos Internos, Manuales, Normas

internas, Procedimientos internos así como toda normativa relacionada al mercado de valores.

La EDV en procura de una mayor eficiencia, transparencia, confidencialidad y seguridad de los servicios que presta emite normativa interna referente a políticas, procedimientos, controles internos mismos que por su esencia deben ser considerados obligatorios por parte de todos los empleados incluyendo la planta ejecutiva, no pudiendo bajo ningún concepto ser normas enunciativas, ya que violaría el fin por el cual han sido creadas.

Ahora bien, la obligatoriedad de una norma interna en cuanto a su cumplimiento, frente la competencia por parte de la Autoridad Fiscalizadora, emerge de un procedimiento, dado por el propio Artículo 21 del texto ordenado del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, que determina que para la aplicación de una normativa interna, debe contar con la aprobación de la Autoridad Fiscalizadora.

Esta aprobación, permite la delimitación del momento en que la normativa interna adquiere la obligatoriedad para su cumplimiento, es así que por más dinámica que sea la normativa la misma no puede ser implementada sin la aprobación de la ASFI, y una vez aprobada es de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, la EDV, al considerar que sus políticas, manuales y controles internos se encuentran en constante dinámica de mejora y emergen de la experiencia y experticia de la entidad, su personal y sus ejecutivos, debiera coincidir que considerar su cumplimiento dentro el marco regulatorio de su actividad, eleva su jerarquía y coadyuva de forma importante el deber de los ejecutivos de la entidad, cual es justamente velar por su adecuada observancia y cumplimiento. Estos permitirán el "adecuado trayecto" de la institución hacia el fin económico y social para el que ha sido creada.

Es así que lo expuesto por la EDV en lo relativo a los esfuerzos por mejorar las prácticas administrativas del mercado, estándares, técnicas y operativa refuerza la razonabilidad de enmarcar los documentos que contienen dichos esfuerzos (reglamentos, manuales y normas internas) en una norma de cumplimiento obligatorio y sujeto a supervisión. El negar tal situación, supondría desmerecer tales esfuerzos y darle a los documentos que los contienen un carácter meramente enunciativo, toda vez que podrían o no cumplirse.

Por lo señalado, cabe reafirmar que el carácter de actualización permanente no impide su obligatorio cumplimiento, puesto que cualquier mejora en la operativa y control interno no podría formar parte de los correspondientes Manuales y Procedimientos de la Entidad, si estos no ha sido antes aprobados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para justamente verificar su eficiencia, economicidad y eficacia, en el mercado de valores, sin embargo este hecho no

implica que con posterioridad los mismos reglamentos de la entidad puedan ser modificados.

Por lo que, queda verificado que el hecho de que la normativa interna sea dinámica, no afecta la seguridad jurídica, toda vez que dichos procedimientos al seguir una secuencia lógica y legal, permiten al administrado conocer el momento de su aplicación y consiguiente obligatoriedad.

## **1.2 Marco Sancionatorio.-**

El recurrente argumenta que no existiría un marco sancionatorio para infracciones a los procedimientos y normativa interna de la EDV, que la ASFI no habría determinado apropiadamente si los incumplimientos a procedimiento internos serán sancionados bajo el mismo tratamiento que los incumplimientos a la normativa externa, y que el Decreto Supremo N° 26156 de fecha 12 de abril de 2001 no podría ser considerado ya que el mismo sería aplicable solo para el caso de incumplimiento a la Ley de Mercados de Valores y sus reglamentos.

Es importante hacer notar al recurrente respecto al marco sancionatorio extrañado, que el mismo se encuentra delimitado por el Decreto Supremo N° 26156 de fecha 12 de abril de 2001 que reglamenta la aplicación de sanciones administrativas establecidas en la Ley de Mercado de Valores, por lo que corresponderá su transcripción, cual se procede a continuación.

En ese sentido, importa revisar el Capítulo I del Título III, en sus Artículos 19 y 20 que determinan:

***“Artículo 19.- (INFRACCIONES EN GENERAL).- La Superintendencia aplicará las sanciones según lo dispuesto por el artículo 12 del presente Decreto Supremo en sujeción a los principios señalados en el artículo 3 y las circunstancias previstas en el artículo 11 del presente Decreto Supremo contra toda infracción a la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos.”*** (Mayúsculas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte el Artículo 20 expresa que:

***“Artículo 20.- (INFRACCIONES ESPECIFICAS).- 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 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:***

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

*Primer Rango*

**...4. Incumplir o infringir LAS PROPIAS NORMAS INTERNAS de las entidades supervisadas y fiscalizadas por la superintendencia”.**

De lo transcrito líneas arriba queda claro que el Decreto Supremo N° 26156 de fecha 12 de abril de 2001, rige para todo procedimiento que concluya cualquier disposición normativa ya sea externa o interna, por lo que la aseveración del recurrente no se adecúa al procedimiento sancionatorio existente.

Por lo que, queda claro que el marco sancionatorio para incumplimientos de normativa interna se encuentra claramente detallado por el Decreto Supremo No. 26156 que en su Artículo 20 referente a **Infracciones específica**, ha contemplado tales incumplimientos. El referenciar solamente al artículo 19, no condice con el caso de Autos, ya que la misma como bien expresa su “*nomen iuris*” refiere exclusivamente a **Infracciones Generales**. Por lo tanto el Decreto Supremo No. 26156 no se encuentra delimitado a la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos como asevera el recurrente.

De igual modo es importante hacer referencia que las sanciones previstas en el Decreto Supremo N° 26156 serán impuestas previo proceso administrativo, ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mismo que tendrá como fundamento los principios sancionadores determinados en el Artículo 3 de la precipitada norma como ser principio de legalidad, principio de legitimidad, principio de igualdad y principio de proporcionalidad.

Por lo que, el recurrente debe tener presente que el incumplimiento a su normativa interna determinada por la Resolución Administrativa ASFI N° 060/2010 (Artículo 21), así como el incumplimiento a la Ley de Mercado de Valores u otra normativa regulatoria de carácter general conlleva al inicio de un proceso sancionador mismo que se enmarcara en la Ley de Procedimiento Administrativo, quedando claro que el incumplimiento a sus propios reglamentos por parte de la EDV serán sancionados como el incumplimiento a cualquier otra norma por ello de conformidad al Decreto Supremo No. 26156.

Por lo expuesto se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha actuado dentro del marco de su competencia y la inclusión introducida al Artículo 21 se encuentra respaldada en el propio Decreto Supremo No. 26156, que otorga el marco y procedimiento sancionatorio especial para este tipo de infracciones.

### **1.3 De los principios invocados.-**

En cuanto a la vulneración de principios invocados por la EDV como ser el principio de objetividad e igualdad, el principio de prudencia y transparencia y principio de uniformidad e imparcialidad, corresponde realizar las siguientes precisiones:

El recurrente fundamenta que se estaría vulnerando los principios de igualdad, objetividad, uniformidad e imparcialidad, ya que solo se hubiera obligando a la EDV a parámetros de acción y supervisión diferentes a otras personas jurídicas, afectando de

manera singular las actividades de la misma. Sobre dicho fundamento se tiene que la obligación de cumplir su propia normativa interna no solo corresponde a la EDV, sino por el contrario a todas las entidades reguladas, conforme se evidenció de la transcripción realizada al Artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156 donde se determina que el ente regulador en este caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero podrá imponer multas por el incumplimiento a la normativa interna **de las empresas supervisadas y fiscalizadas**, por lo que su aplicación es general y no exclusiva como pretende el recurrente, situación rescatada en la modificación realizada al Artículo 21 del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, para las Entidades a las que está regulando, sin que ello implique que en la propia normativa o regulación de las otras entidades se encuentre contemplado a su vez dicho procedimiento.

En cuanto a que se estaría vulnerando el principio de prudencia y transparencia conforme desarrolla el recurrente, cabe precisar que justamente la ASFI a través de la modificación al Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, en uso de sus atribuciones está transparentando el desempeño de la EDV buscando justamente la apertura de información sobre los procedimientos internos, y verificando que lo mismos se encuentren en estricta sujeción a las normas y regulaciones establecidas para el mercado.

Dicho esto se tiene que en el presente caso no se evidencia que se haya vulnerado los principios señalados por el regulado.

#### **1.4 De la precisión regulatoria.-**

Finalmente, y no menos trascendental es precisar que la confusión a la que ha arribado el recurrente, se genera por dos situaciones claramente identificables.

La primera de ellas es la falta de identificación y relacionamiento de la normativa interna a la normativa de valores, generando confusión al regulado, al considerar, que será sancionado por incumplimientos a aquella normativa interna no aplicable a Valores, situación que debe ser modificada a efectos de delimitar la regulación al marco de competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

La segunda corresponde a la inclusión del término "políticas" en el último párrafo del Artículo 21, cual es por demás subjetivo, ya que no olvidemos que por definición la "política" constituye en la actividad orientada en forma ideológica para la toma de decisiones de la entidad, procurando alcanzar ciertos objetivos.

Por lo tanto, las Políticas que asume una Entidad, pueden ser diversas y dependen de la materia en la que se quiere determinar las mismas. Esta situación en materia administrativa sancionatoria, impide que el "tipo administrativo" es decir la tipificación que se vaya a imputar en un proceso sancionatorio, no pueda ser claramente identificada generando una controversia y por lo tanto afectando el debido proceso sancionatorio.



Es así que el término “políticas” sin una determinación clara y relacionada al mercado de valores no puede considerarse por sí misma explícita, toda vez que el simple término no precisa el marco específico por el que se podría iniciar un proceso sancionatorio, más aún si dicho término se relaciona con toda la actividad de la Entidad, desde la laboral (donde no tiene competencia la ASFI) hasta las relacionadas con la actividad aplicable al desempeño de sus tareas determinada en la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos.

El mantener el término sin una especificación clara de su significado y alcance, no permitirá que mañana sea utilizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para la verificación de su cumplimiento, ya que el mismo podría o no englobar el significado que la Autoridad Fiscalizadora ha pretendido otorgarle, por lo que corresponderá que la Autoridad Fiscalizadora en uso de sus atribuciones emita una normativa clara y específica que revele el tipo administrativo sin generar confusión alguna.

Por lo que deberá procederse con la adecuación de la inclusión del párrafo del Artículo 21 conforme se fundamenta en líneas precedentes.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión que la Resolución Administrativa ASFI 198/2010 de 16 de marzo de 2010, en cuanto al Artículo 21 del Reglamento de Entidad de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación se encuentra debidamente fundamentada respecto a la obligación de cumplir su propia normativa interna por parte de la EDV sin que el recurrente haya desvirtuado los argumentos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, sin embargo, debe realizarse las precisiones legales conforme se desarrolló en el considerando anterior, respecto a la limitación a la normativa de valores y la inclusión general que se hizo con el término “Políticas”

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar parcialmente la resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI 198/2010 de 16 de marzo de 2010 que confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 060/2010 de 21 de enero de 2010, ratificándose las modificaciones de los Artículos 4, 7, 10, 12, 15, 17 y 77 y modificándose la inclusión del último párrafo del Artículo 21 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 967 de 13 de diciembre de 2002, con el siguiente texto:

*“La Entidad de Depósito de Valores deberá respetar y cumplir en todo momento lo establecido en sus Reglamentos, Manuales, Normas Internas, Procedimientos Internos y otros de la Entidad relacionados con la normativa y regulación del Mercado de Valores, así como deberá cumplir con la normativa vigente del Mercado de Valores.”*

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

ASFI N° 243/2010 DE 30 DE MARZO DE 2010

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 DE 27 DE AGOSTO DE 2010

**FALLO**

**ANULA**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010**

La Paz, 27 de agosto de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010, que en Recurso de Revocatoria declara la improcedencia del recurso interpuesto contra la Nota ASFI/DVS/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe LegalMEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 040/2010 de 25 de agosto de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 20 de abril de 2010, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.**, representada legalmente por Enrique Pozo Balderrama tal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 137/2009 de 14 de agosto de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Cinthya Martínez Riberos, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010, que en Recurso de Revocatoria declara la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Nota ASFI/DVS/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010 ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 39331/2010 con fecha de recepción de 23 de abril de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 243/2010 de 30 de marzo de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 28 de abril de 2010, notificado en fecha 05 de mayo de 2010.

Que, mediante Auto de fecha 27 de abril de 2010 el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Mario Guillen Suarez acepta y aprueba la excusa presentada por la Dra. Ericka Marisol Balderrama Pérez mediante nota interna MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 050/2010, designándose a la Abogada Patricia Mirabal Fanola para que asuma las responsabilidades y obligaciones de la funcionaria excusada dentro el proceso recursivo hasta antes de su conclusión.

Que, mediante Auto de fecha 13 de mayo de 2010, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, disponiendo la separación del citado funcionario para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L contra la Resolución Administrativa ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010, designando a la Dra. Susana Ríos Laguna Viceministra de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén S., en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. NOTA ASFI/DVS/R-11853/2010 DE 05 DE FEBRERO DE 2010.-**

Mediante nota ASFI/DVS/R-11853/2010 de fecha 05 de febrero de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala lo siguiente:

*"En atención al memorial presentado a esta institución el 7 de diciembre de 2009,*

solicitando se declare la extinción de la sanción impuesta con Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 1281 de 20 de noviembre de 2006, tenemos a bien comunicar a usted lo siguiente:

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 respecto a la prescripción en materia administrativa señala "La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella...

... No se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado como ya útil para el cumplimiento de la prescripción"

De acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente y a las disposiciones legales que deben cumplirse para alegar la prescripción, corresponde mencionar lo siguiente:

- La Ley de Procedimiento Administrativo prevé de manera expresa que la prescripción de las sanciones puede quedar interrumpida.
- De los antecedentes que cursan en el archivo de la ASFI, es necesario hacer mención que **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** no ha opuesto la prescripción en ninguna de las etapas de los diferentes procesos administrativos sancionatorios ni en la correspondencia que al efecto pudiera haber remitido a esta institución en relación a la sanción de multa impuesta mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 1281/2006.
- A la fecha la Resolución ASFI/No. 377/2009 de 5 de noviembre de 2009, ha resuelto en recurso de revocatoria que la firma **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** deba cumplir con el pago de \$us3.500.- respecto de la Resolución de sanción antes citada.
- La Resolución ASFI/No. 377/2009, se halla firme en sede administrativa al no haberse impugnado de acuerdo a los recursos que al efecto prevé la normativa del procedimiento administrativo vigente.
- Al no haberse hecho uso de los recursos que al efecto prevé la norma, la oposición de prescripción alegada por la firma **POZO & ASOCIADOS** es extemporánea al no cumplir con lo previsto por el Código Civil en su artículo 1497, que dispone que la



*prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, aunque sea en ejecución de sentencia.*

*Por tanto, en mérito a lo expuesto, solicitamos a usted realizar el depósito de lo adeudado a esta institución en el plazo de 5 días hábiles administrativos contados a partir de su notificación con la presente, bajo conminatoria de iniciarse las acciones legales correspondientes."*

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 02 de marzo de 2010, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DVS/R-11853/2010 de fecha 05 de febrero de 2010, con los siguientes argumentos:

### **"...RECURSO DE REVOCATORIA**

*Expresión de agravios: El irregular acto administrativo dictado por la ASFI, se halla viciado de nulidad absoluta, y es totalmente nocivo y perjudicial para Pozo y Asociados, por cuanto se ha emitido prescindiendo total y absolutamente de todo procedimiento, se ha conculcado el derecho a la defensa, al debido proceso y finalmente, por si fuera poco, se ha violado impunemente la ley, tal como pasare a demostrar detalladamente:*

- a. *Vicios de nulidad: Establece el Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo que el acto administrativo debe contener elementos esenciales, como ser la competencia del órgano, la causa, el objeto, **ELPROCEDIMIENTO**, el fundamento y la finalidad. Ello traduce las garantías de los ciudadanos frente a los abusos y excesos de poder de la Administración Pública, porque constituyen las formas por las cuales los actos administrativos adquieren legalidad y legitimidad. De tal manera que tales actos deben ser emitidos por autoridad competente, sustentarse en hechos y derechos, ser precedido de un procedimiento esencial y sustancial previsto por el ordenamiento jurídico y ser debidamente fundamentado.*
- b. *El Art. 35 de la misma Ley N° 2341, dispone: "l. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: c) Los que hubieren sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". Con la nota ASFI/DSV/R-11853/2010, se hace evidente que el Director Ejecutivo a.i. de la ASFI, ha negado mi derecho a la petición sin más trámite que su sola y única voluntad, lo cual atenta con el debido proceso incurriendo en la causal de nulidad prevista en el Art. 35 c) de la Ley N° 2341.*

- c. El Art. 1 inciso b) de la Ley 2341 establece que el objeto de la ley es hacer efectivo el derecho de petición, concordante con dicho precepto, el Art. 11 señala que toda persona puede apersonarse ante la administración pública para hacer valer sus derechos y el Art. 41 establece la forma en que se dará inicio a un procedimiento administrativo, requisitos de forma que cumple a cabalidad mi solicitud de 7 de diciembre de 2009. Sin embargo el Director Ejecutivo de la ASFI, pretende entender esta solicitud e inicio de un nuevo procedimiento administrativo a instancia de Pozo & Asociados, como una actuación complementaria al procedimiento que concluyó con la Resolución ASFI/No. 377/2009 y que alcanzó firmeza en sede administrativa, lo cual constituye sin lugar a dudas un error por todo lo precedentemente expuesto, ya que concluido el procedimiento de sanción por la que ASFI revoca la licencia de funcionamiento en el ámbito del mercado de valores, del cual Pozo & Asociados no tiene objeción alguna por cuanto su actuación fue circunstancial, se presenta nueva solicitud demandando la prescripción sobre una sanción impuesta tres años antes, que por cierto debió correr procedimiento específico por tratarse de una nueva petición y no tan solo ser motivo de una carta que refiere un error de concepto gravísimo en lo que al derecho administrativo corresponde.
- d. Violación del principio de verdad material. A diferencia de otras ramas del derecho, el derecho administrativo reconoce el principio de verdad material, dicho principio establece que la Administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige en el procedimiento civil. Este principio según la amplia doctrina, debe reconocerse que el principio impone a la Administración averiguar la verdad de los hechos tal y como fueron producidos y tan solo aferrarse a sus propias convicciones o más sus posiciones, como en este caso sucede con la nota de la ASFI. "El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquella dentro del más absoluto respeto a los derechos de los particulares" enseña el ilustre profesor García de Enterría; de la misma manera el profesor argentino Cassagne, señala: "A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado" Sin embargo, claro está que ni lo mencionado por el profesor García ni lo afirmado por el profesor Cassagne, importan en el actuar del Director Ejecutivo interino de ASFI, ya que ni busca la legalidad de sus actos ni pretende acercarse a la verdad

objetiva de mi petición, solo le interesa poner trabas y obstáculos en el procedimiento a fin (sic), de no resolver mi petición, lo cual atenta contra el principio señalado, consagrado en el art. 4º inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

- e. *Violación al debido proceso. La Constitución Política del Estado, impone en los Arts. 115 y 117 la garantía del debido proceso y su alcance, abarca al sacrosanto derecho de las personas, individuales o colectivas, presentar peticiones, ser oídas, presentar pruebas y obtener respuesta fundada. Así también lo expresa el Art. 41 con relación al 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y es que ante la petición formulada debe la autoridad darle el impulso legal correspondiente y permitir a las partes sus alegatos, pruebas y finalmente decidir con arreglo a la Ley. Lo acontecido con mi petición para que se declare la extinción de la sanción impuesta merced a la Resolución Administrativa SPVS/IV N° 1281 de fecha 20 de noviembre de 2006, realizada en fecha 7 de diciembre de 2009, no ha sido sometida al debido procesamiento y como consecuencia se han vulnerado mis derechos subjetivos, especialmente al de pedir y alegar, es decir al debido proceso, dejándome en plena indefensión.*
  
- f. *Señala la curiosa nota, que la prescripción habría sido interrumpida seguramente considera que la iniciación del procedimiento que concluyó con la Resolución Administrativa ASFI 377/2009, es suficiente para que haya operado la interrupción de la prescripción, por cuanto ésta tiene naturaleza sancionatoria, empero ha perdido de vista que dicho procedimiento tiene otra causal distinta a la ejecución de la multa que ahora pretende desconocer como prescrita. Del Art. 73 de la LPA se tiene que los procedimientos sancionatorios se rigen por principios establecidos por la ley, y el Art. 79 de la Ley 2341 refiere el INICIO DE PROCEDIMIENTO DE COBRO, como única forma de interrumpir la prescripción.*
  
- a. *(sic). En todas las oficinas de la ASFI, puede evidenciarse que el referido procedimiento de cobro por la multa impuesta en 20 de noviembre de 2006, no ha sido iniciado jamás y que el otro al que se refiere la nota cuya Resolución ASFI/377/2009, no es ejecución de la sanción sino otro de naturaleza diferente. Aún en el caso que lo fuera, cosa que no admito, el mismo también estaría pretendiendo cobrar obligación prescrita. El Art. 8 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, proclama "I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierra sin mal) y qhapajñan (camino o vida noble). Con la nota impugnada el Director Ejecutivo de la ASFI, miente y pone en riesgo la vida armoniosa y demás principios que proclama y defiende el Estado Boliviano, al señalar que la prescripción ha sido interrumpida y que debió interponerse como excepción.*

- b. *Prescripción como acción. La prescripción puede ser interpuesta como excepción, pero también como acción. En este caso al constituir una nueva petición, es por demás evidente que se trata de una acción y no excepción como pretende la nota del Director Interino de la ASFI, lo cierto es que parece ser que al no haber leído al profesor García, la ASFI por medio de su Director interino, hace del procedimiento una carrera de obstáculos y no un camino para atender las peticiones de los ciudadanos. Vulnera con ello también el principio de buena fe, y el principio fundamental expresados ambos en el Art. 4º de la Ley 2341, ya que ni es leal con el administrado ni sus actuaciones las somete a la Ley. c. El Art. 79 de la referida ley señala "(Prescripción de Infracciones y Sanciones). Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley." De la simple revisión de antecedentes de la sanción impuesta y no de las confusiones y errores del Director Ejecutivo Interino, sale que efectivamente la sanción ha prescrito y solo corresponde en base a los principios esbozados declarar su procedencia, lo cual niega el Director en su nota con todas las vulneraciones que se han mencionado..."*

## **PETITORIO**

*En mérito a lo someramente expuesto, y siendo que de la lectura de la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 se advierte contener la decisión del Director Ejecutivo Interino de la ASFI sobre mi petición formulada en fecha 7 de diciembre de 2009, al ser acto definitivo, carente de los requisitos esenciales para su formación y atentatorio a los derechos de Pozo & Asociados CPA SRL, es que interponemos el recurso de revocatoria, pidiendo se digne, conforme al Art. 43 b) del Reglamento para el SIREFI de la Ley de Procedimiento Administrativo (D.S. 27175), REVOCAR totalmente la decisión inserta en la referida carta de fecha 5 de febrero de 2010, disponiendo dejar sin efecto la misma por contravenir los requisitos esenciales del acto administrativo y su nulidad, así como reponer el ejercicio de mi derecho a la petición declarando extinguida la obligación que emerge de la Resolución Administrativa SPVS/IV N° 1281 de fecha 20 de noviembre de 2006 ratificada por Resolución SG SIREFI RJ 18/2007 de fecha 13 de febrero de 2007, por haber transcurrido el tiempo legal previsto en la norma y no haber sido iniciado procedimiento alguno de cobro."*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°243/2010 DE 30 DE MARZO DE 2010.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Fiscalización mediante Resolución Administrativa ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010, resuelve declarar la improcedencia del recurso de revocatoria interpuesto por Pozo & Asociados C.P.A. S.R.L., conforme se transcribe a continuación:

**“ÚNICO.-** La improcedencia del recurso de revocatoria interpuesto por **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** de acuerdo a lo previsto en los artículos 56 y 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, artículos 43 y 47 del Decreto Supremo No. 27175 y de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.”

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero fundamenta la improcedencia de la interposición del recurso de revocatoria de acuerdo a los siguientes argumentos:

**“CONSIDERANDO:**

*Que, la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 dispone en su artículo 27 que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 que produce efectos jurídicos sobre el administrado.*

*Que, el artículo 29 de la referida Ley, prevé que los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico.*

*Que, el artículo 42 de la citada Ley, ordena que el órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada.*

*Que, la Ley de Procedimiento Administrativo, dispone en su artículo 56 párrafo I que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten derechos subjetivos o intereses legítimos.*

*Que, el párrafo II del referido artículo, señala que se entenderá por resolución definitiva o acto administrativo, aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa.*

*Que, de acuerdo al artículo 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no proceden recursos administrativos contra los actos de carácter preparatorio o de mero trámite, salvo que se trate de actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, mediante Decreto Supremo No. 27175 se reglamenta la Ley de Procedimiento*

Administrativo No. 2341 para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI.

Que, el artículo 17 del Decreto Supremo No. 27175 prevé que Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, en ejercicio de sus potestades públicas y produce efectos obligatorios sobre los administrados.

Que, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 señala como actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo circulares, ordenes, instructivos y directivas que obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo No. 27175, parágrafo I, prevé que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Que, el artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 determina que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria serán:

"Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos".

#### **CONSIDERANDO:**

Que, mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 1281 de 20 de noviembre de 2006, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) resolvió sancionar a la firma **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** con una multa de \$us. 3650.- (Tres Mil Seiscientos Cincuenta 00/100 Bolivianos)

Que, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** interpuso recurso de revocatoria contra la mencionada resolución de sanción, sin embargo, el mismo que fue declarado improcedente al no haberse cumplido la sanción de multa, decisión definitiva que consta en la Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 34 de 16 de enero de 2007.

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 18/2007 de 13 de febrero de 2007, emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI, declara improcedente el recurso jerárquico presentado por **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** al no haber dado cumplimiento al pago de la sanción impuesta por la ex SPVS.

Que, en fecha 15 de diciembre de 2006, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** realiza un depósito de \$us.150, como parte de pago de la deuda con la ASFI.

Que, debido a las constantes contravenciones a la normativa del Mercado de Valores, la ASFI ha sustanciado un proceso administrativo sancionatorio contra **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.**, el mismo que ha concluido con la emisión de la Resolución ASFI/No. 200/2009 de 9 de septiembre de 2009, mediante la cual, se sanciona a **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** con la cancelación definitiva de su autorización de inscripción en el Registro del Mercado de Valores (RMV) de la ASFI.

Que, la mencionada Resolución determinó en el artículo segundo que **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** cumpla con el pago de todos los montos que adeuda a la ASFI.

Que, mediante Resolución ASFI/No. 377/2009 de 5 de noviembre de 2009, al haberse interpuesto recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI/No. 200/2009, (a ASFI resolvió confirmar la sanción y modificar el artículo segundo disponiendo de manera clara y expresa que la firma **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** deba cumplir con el pago de \$us. 3,500.-

Que, con memorial presentado en fecha 7 de diciembre de 2009, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** solicita a esta entidad se declare la extinción de la sanción impuesta con Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 1281 de 20 de noviembre de 2006.

Que, con nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de fecha 5 de febrero de 2010, esta Autoridad declara lo siguiente:

- ✓ La Ley de Procedimiento Administrativo prevé de manera expresa que la prescripción de las sanciones puede quedar interrumpida.
- ✓ De los antecedentes que cursan en el archivo de la ASFI, es necesario hacer mención que **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** no ha opuesto la prescripción en ninguna de las etapas de los diferentes procesos administrativos sancionatorios ni en la correspondencia que al efecto pudiera haber remitido a esta institución en relación a la sanción de multa impuesta mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 1281/2006.
- ✓ A la fecha la Resolución ASFI/No. 377/2009 de 5 de noviembre de 2009, ha resuelto en recurso de revocatoria que la firma **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** deba cumplir con el pago de \$us3.500.-.
- ✓ La Resolución ASFI/No. 377/2009, se halla firme en sede administrativa al no haberse impugnado de acuerdo a los recursos que al efecto prevé la normativa del procedimiento administrativo vigente.
- ✓ Al no haber hecho uso de los recursos que al efecto prevé la norma, la oposición de prescripción alegada por la firma **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.**

es extemporánea, pues no cumple con lo previsto por el Código Civil en su artículo 1497, que dispone que la prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, aunque sea en ejecución de sentencia.

Que, con memorial presentado en fecha 2 de marzo de 2010, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** presenta recurso de revocatoria a esta institución contra la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 en atención a los siguientes argumentos en lo principal: ...

(Recurso que fue transcrito en su integridad en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

(...) "Que, mediante Informe ASFI/DAJ/R-30248/2010 de 30 de marzo 2010, la Dirección de Asuntos Jurídicos de la ASFI, determinó lo siguiente:

- ✓ La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de acuerdo a sus facultades y atribuciones determinó en sujeción al artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo calificar la solicitud de "extinción de obligación" presentada por POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L., como un procedimiento de mero trámite.
- ✓ La razón de dicha calificación obedece al pronunciamiento previo de esta institución con la emisión de la Resolución ASFI No. 377/2009 de fecha 5 de noviembre de 2009, que de manera expresa e inequívoca dispone que la firma "POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L. adeuda por concepto de la sanción impuesta mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 1281 de 20 de noviembre de 2006, el equivalente en Bolivianos a Sus 3.500.-". Esta Resolución se halla firme en sede administrativa.
- ✓ De acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo No. 27175, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** debe tener en cuenta que para impugnar los actos de la administración pública se deben distinguir las siguientes nociones: i) se entiende por "resolución definitiva" aquél acto administrativo que pone fin a una actuación administrativa, en este caso, corresponde señalar que la Resolución ASFI No. 377/2009, la cual, expresa la decisión de la autoridad reguladora y produce efectos obligatorios y ii) los actos administrativos de menor jerarquía como es la nota extendida por ASFI en atención a la solicitud de "extinción de la obligación" también obliga e instruye nuevamente el pago de lo adeudado.
- ✓ En cuanto a los "vicios de nulidad" que alega el recurrente y sin embargo, no describe ninguno que haya afectado los actos administrativos emitidos por esta institución como son la resolución definitiva y la nota como acto administrativo de menor jerarquía, resulta ser un argumento insuficiente pues el recurrente no ha fundado debida y legalmente su interposición al no considerar lo previsto en los artículos 35 y 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.



- ✓ **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.** además señala que ha dado cumplimiento al artículo 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo a objeto de "apersonarse ante la administración pública para hacer valer sus derechos", sin embargo, su análisis es parcial pues omite puntualizar el artículo 42 del mismo cuerpo normativo que le permite al órgano administrativo Calificar el Procedimiento de acuerdo a la naturaleza de la cuestión planteada.
- ✓ Ahora Bien, esta institución coincide con la afirmación de **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.**, en sentido de que "La Resolución ASFI/No. 377/2009 alcanzó firmeza en sede administrativa", sin embargo, la firma nuevamente evita y omite en su parcial criterio señalar que esta Resolución determina el monto de una sanción impaga a la fecha y que la misma interrumpe la prescripción

Este criterio ha sido reconocido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2010 de 19 de enero de 2010 como sigue:

"... No se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces la interrupción de esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado como ya útil para el cumplimiento de la prescripción..."

En atención a ese análisis puede entonces afirmarse que la prescripción alegada ha quedado definitivamente interrumpida con la emisión de la Resolución ASFI No. 377/2009, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, eliminado el lapso anterior en condiciones tales de que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado como ya útil para el cumplimiento de la prescripción.

- ✓ Todos estos criterios permiten corroborar de manera fehaciente que todas las actuaciones del ente regulador fueron legal y legítimamente procesadas al momento de emitirse los actos administrativos correspondientes, evitando de este modo divagar en constantes análisis parcializados y metafóricos, fuera de todo contexto legal a objeto de no dar cumplimiento a sus obligaciones de pago.

Que, por lo expresado en los párrafos precedentes y de acuerdo al artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 corresponde que la forma de resolución del presente Recurso de Revocatoria interpuesto por POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L. sea de Improcedencia pues el recurso no cumple con los requisitos previstos en el artículo 47 que dispone su procedencia contra toda resolución definitiva."

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 20 de abril de 2010, **POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010 de acuerdo a la siguiente fundamentación:

##### **“... EXPRESION DE AGRAVIOS**

*En primer lugar analicemos la naturaleza del memorial de 7 de diciembre de 2009, así como de la carta ASFI/DSV/R-11853/2010; es decir, si efectivamente es una petición expresa o una solicitud de mero trámite y si la carta de respuesta constituye un acto administrativo o es un acto de menor jerarquía.*

*El artículo 24 de la Constitución Política del Estado define el derecho de petición y los Arts. 1° inc. b), 11 de la Ley No. 2341 la forma para hacerlo efectivo, siendo este el procedimiento administrativo que se sujeta a lo previsto por el Art. 41 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, requisitos que cumple mi solicitud de 7 de diciembre de 2009 y cuya respuesta corresponde a la carta ASFI/DSV/R-11853/2010, sin que haya sido notificada la apertura del procedimiento a seguir ni su calificación. Aun cuando la ASFI, hubiera entendido esta solicitud como un procedimiento de mero trámite y como tal calificado conforme al Art. 42, debió hacer saber a la empresa mediante notificación, empero no existe constancia alguna de aquella acción y por lo tanto la propia ASFI, ha producido la nulidad de su acto conforme el inciso c) del Art. 35 de la LPA. Contradictoriamente la ASFI declara que una vez presentada la solicitud calificó el procedimiento conforme al Art. 42 de la LPA, empero es evidente que nadie ni la propia autoridad, fue notificada con dicha calificación, por ende tal aseveración carece de valor legal y por lo tanto la carta ASFI/DSV/R-11853/2010 emitida es a todas luces nula de pleno derecho. Al respecto el Art. 35 de la Ley N° 2341, dispone: "I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: c) Los que hubieren sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". En consecuencia la petición formulada por la empresa POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L., en fecha 7 de diciembre de 2009, constituye el ejercicio del derecho de petición consagrado en el Art. 24 de la Constitución y como tal debió ser impreso por la ASFI el procedimiento legalmente establecido bajo sanción de nulidad.*

*Entendida entonces mi solicitud como el ejercicio de mi derecho de petición e inicio de procedimiento administrativo, conforme los Arts. 11, 41 y sgtes., de la Ley N° 2341.*

*Corresponde analizar si la carta ASFI/DSV/R-11853/2010, es un acto administrativo o es una circular, instructiva u otro acto de menor jerarquía.*

*La doctrina define al acto administrativo como: "la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria" (García de Enterría, et al. Curso de derecho administrativo Tomo I, Ed. Temis Bogotá-Lima 2008, pág. 526)*

*En relación con dicha definición, el Art. 27 de la ley 2341 dispone: "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo." Asimismo el Art. 51 de la mencionada norma legal determina que el procedimiento administrativo concluye con una resolución dictada por el órgano administrativo, salvando los recursos administrativos y los artículos 18 y 19 del reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 27175, establecen las resoluciones administrativas y actos administrativos menores, siendo de esta última categoría las circulares, ordenes, instructivos y directivas.*

*La carta ASFI/DSV/R-11853/2010, de acuerdo a su contenido es a todas luces, una declaración unilateral de voluntad que manifiesta la decisión de la ASFI respecto de la petición presentada, por lo tanto es un acto administrativo, aun cuando dicho acto deliberadamente incumple lo dispuesto por el Art. 28 de la Ley N° 2341 y los artículos 5, 17 y 18 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 27175, y no un simple acto de menor jerarquía que instruya la realización de algo, como pretende ahora la Resolución ASFI/N° 243/2010.*

*De tal suerte que siendo acto administrativo debió necesariamente cumplir con el procedimiento legalmente previsto en la norma, bajo sanción de nulidad absoluta en caso contrario, como efectivamente se hizo, omitiendo total y absolutamente el procedimiento. De tal suerte que la nota ASFI/DSV/R-11853/2010, con la cual el Director Ejecutivo a.i. de la ASFI, ha negado la petición formulada sin mástrámite que su sola y única voluntad, atenta con normas constitucionales como la garantía del debido proceso consagrado en los Arts. 115 y 117 de la nueva Constitución Política del Estado.*

*Respecto al debido proceso, vulnerado al negarme el derecho de audiencia, producción de pruebas y respuesta fundada, en la petición formulada, la Constitución Política del Estado, impone en los Arts. 115 y 117 que esta garantía abarca el derecho a la defensa y así también lo expresa el Art. 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo que obliga a la autoridad a darle el impulso legal correspondiente a mi petición y permitir alegatos, pruebas y finalmente decidir con arreglo a la Ley.*

*Lo acontecido con mi petición para que se declare la extinción de la sanción*

*impuesta merced a la Resolución Administrativa SPVS/IV N° 1281 de fecha 20 de noviembre de 2006, realizada en fecha 7 de diciembre de 2009, no ha sido sometida al debido proceso y como consecuencia se han vulnerado garantías constitucionales dejándome en plena indefensión y vulnerando el Art. 115 y 117 de la Constitución Política del Estado.*

*Respecto de la extinción por prescripción de la suma obligación pendiente de pago, señala que habría sido interrumpida con la Resolución Administrativa ASFI 377/2009, es suficiente para que haya operado la interrupción de la prescripción, por cuanto esta tiene naturaleza sancionatoria, empero ha perdido de vista que dicho procedimiento tiene otra causal distinta a la ejecución de la multa que ahora pretende desconocer como prescrita. El Art. 73 de la LPA se tiene que los procedimientos sancionatorios se rigen por principios establecidos por la ley, y el Art. 79 de la Ley 2341 refiere el INICIO DE PROCEDIMIENTO DE COBRO, como única forma de interrumpir la prescripción.*

*En todas las oficinas de la ASFI, puede evidenciarse que el referido procedimiento de cobro por la multa impuesta en 20 de noviembre de 2006, no ha sido iniciado jamás y que el otro al que se refiere la Resolución ASFI/377/2009, no es ejecución de la sanción sino otro de naturaleza diferente. Aún en el caso que lo fuera, cosa que no admito, el mismo también estaría pretendiendo cobrar obligación prescrita. El Art. 8 de la Constitución Política del Estado, proclama "I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama Hulla. amasuwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamana (vivir bien), handereko (vida armoniosa), tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierra sin mat) y qhapaj han (camino o vida noble). Con los criterios vertidos por la resolución ahora impugnada el Director Ejecutivo de la ASFI, miente y pone en riesgo la vida armoniosa y demás principios que proclama y defiende el Estado Boliviano, al señalar que la prescripción ha sido interrumpida cuando ella hace ratoya se ha extinguido por el simple transcurso del tiempo y la total inacción de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros.*

*La prescripción puede ser interpuesta como excepción, pero también como acción. En este caso al constituir una nueva petición, es por demás evidente que se trata de una acción y no excepción como pretende el Director Interino de la ASFI, lo cierto es que parece ser que al no haber leído al profesor García, la ASFI por medio de su Director interino, hace del procedimiento una carrera de obstáculos y no un camino para atender las peticiones de los ciudadanos. Vulnera con ello también el principio de buena fe, y el principio fundamental expresados ambos en el Art. 4° de la Ley 2341, ya que ni es leal con el administrado ni sus actuaciones las somete a la Ley.*

*El Art. 79 de la referida ley señala "(Prescripción de Infracciones y Sanciones), Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones*

*quedaría interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley."*

*De la simple revisión de antecedentes de la sanción impuesta y no de las confusiones y errores del Director Ejecutivo Interino, sale que efectivamente la sanción ha prescrito y solo corresponde en base a los principios esbozados declarar su procedencia, lo cual niega el Director en su nota con todas las vulneraciones que se han mencionado. Evidentemente la sanción impuesta que no ha sido cobrada entre febrero de 2007 hasta febrero de 2008, se ha extinguido y no es posible, como pretende la ASFI, que se interrumpa algo que por mandato expreso de la norma legal, a la fecha de iniciado sustanciado el procedimiento a que hace referencia la Resolución ASFI No. 377/2009, se hallaba total y absolutamente prescrito, razonamiento no sólo temerario sino también deshonesto contrario al nuevo Estado Social de Derecho, que postula la nueva Constitución Política del Estado.*

*Por último, temeraria la Resolución No. ASFI 243/2010 así como temerario su informe legal que lo respalda cuando hacen afirmaciones que vulneran el orden legal, mienten y malintencionadamente tratan de tergiversar los hechos, con el solo propósito de encubrir sus errores y justificar sus ineficiencias administrativas, cuando lo correcto era asentir en la extinción de la sanción y liberar a la empresa de esta obligación por su inacción y el tiempo transcurrido.*

### **PETITORIO**

*En mérito a lo someramente expuesto, y siendo que la decisión del Director Ejecutivo Interino de la ASFI al ser acto definitivo es atentatorio a los derechos de Pozo & Asociados CPA SRL, es que interpongo recurso jerárquico, pidiendo se digne, conforme al Art. 55 del Reglamento para el SIREFI de la Ley de Procedimiento Administrativo (D.S. 27175), se sirva remitir el respectivo expediente al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas para que dicha entidad efectuado el análisis en derecho del recurso se sirva REVOCAR totalmente la decisión inserta en la Resolución ASFI No. 243/2010 de fecha 30 de marzo de 2010 y la carta de fecha 5 de febrero de 2010, disponiendo dejar sin efecto la misma por contravenir los requisitos esenciales del acto administrativo y su nulidad, así como reponer el ejercicio de mi derecho a la petición declarando extinguida la obligación que emerge de la Resolución Administrativa SPVS/IV N° 1281 de fecha 20 de noviembre de 2006 ratificada por Resolución SG SIREFI RJ 18/2007 de fecha 13 de febrero de 2007, por haber transcurrido el tiempo legal previsto en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y no haber sido iniciado procedimiento de cobro alguno hasta la fecha."*

## **5. Audiencia Oral de Exposición de Fundamentos.-**

En fecha 11 de mayo de 2010 se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos, presentada por el recurrente POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.

### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

### **1. De los antecedentes del proceso.-**

En fecha 07 de diciembre de 2009 mediante memorial presentado ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L., solicita la extinción de la obligación sobre una sanción pecuniaria equivalente a \$us. 3.650 (Tres mil seiscientos cincuenta 00/100 Dólares Americanos) impuesta a través de Resolución Administrativa SPVS/IV N° 1281 de 20 de noviembre de 2006

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha emitido la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010 que desestima la solicitud realizada; fundamentando que esta se la hizo de manera extemporánea, exhortando más bien al regulado a realizar el depósito de lo adeudado en plazo perentorio bajo conminatoria de iniciarse las acciones legales que correspondan.

Dicha nota cuenta con un sello de recibido con acuse de hora y fecha de recepción (día 10/02/10, Hrs. 17:15), **sin que se evidencie la firma y aclaración de firma del representante legal y/o interesado.**

La Resolución Administrativa ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010 que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L. (Pág. 2, 3er. Párrafo), en principio invoca lo establecido en el artículo 56, parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo señalando que: *“los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o **actos administrativos que tengan carácter equivalente**, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten derechos subjetivos o intereses legítimos.”* (Las negrillas y subrayado insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Según lo glosado, la Autoridad Fiscalizadora establece la impugnada nota ASFI/DSV/R-

11853/2010, como un acto administrativo de carácter definitivo.

Contrario sensu, a lo manifestado, el mismo acto administrativo (Pág. 7 penúltimo párrafo), en la fundamentación jurídica del fallo (*ratio decidendi*), expresa:

*"Que, mediante Informe ASFI/DAJ/R- 30248/2010 de 30 de marzo de 2010, la Dirección de Asuntos Jurídicos de la ASFI, determinó lo siguiente:*

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de acuerdo a sus facultades y atribuciones determinó en sujeción al artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo calificar la solicitud de 'extinción de obligación' presentada por POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L., como un procedimiento de mero trámite."* (El Subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consecuentemente se evidencia de los antecedentes del proceso, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió un pronunciamiento contradictorio con relación a la naturaleza de la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010, calificándola en primera instancia como un acto administrativo definitivo y posteriormente como un procedimiento mero trámite entrando en una incongruencia legal al resolver la petición hecha por el recurrente creándole una inseguridad jurídica sobre la certeza y eficacia del acto administrativo emitido y principalmente el derecho a una Resolución fundamentada y regida del principio de congruencia.

## **2. De la normativa aplicable.**

Todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, por lo que corresponderá revisar la normativa relacionada al caso de autos y subsumirla al caso de autos.

En primera instancia es importante señalar que la Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación, tal cual lo dispone el artículo 17 párrafo primero de la Ley marco de Procedimiento Administrativo N° 2341, tomando en cuenta que la solicitud realizada por el recurrente revestía una mayor formalidad que de una simple carta, debido a que la solicitud fue expresa mediante un acto jurídico motivado (memorial), debiendo la administración pública adecuar el procedimiento a la naturaleza de la petición y pronunciarse de manera motivada tal cual lo exige el procedimiento formal administrativo, puesto que el acto a emitir necesariamente produciría efectos jurídicos que eventualmente irían contra el administrado afectad sus derechos subjetivos o inveteres legítimos, consecuentemente las vías de impugnación serian una salida para hacer valer sus pretensiones y se restablezcan los agravios sufridos.

Ahora bien, de acuerdo a los antecedentes procesales tenemos que la notificación con la aludida nota que originó el presente proceso recursivo jerárquico fue notificada al recurrente sin las formalidades exigidas por la normativa administrativa para una

acto administrativo definitivo, pudiendo asumirse que el regulador en primera instancia consideró que la nota de respuesta simplemente constituía un acto administrativo de mero trámite.

Es así que, corresponde revisar la norma administrativa referente a notificaciones, es así que:

El Capítulo Cuarto del Título Segundo de la Ley de Procedimiento Administrativo norma la validez y eficacia de los de los actos administrativos en el que podemos encontrar el artículo 33 que establece la forma en la que la Administración Pública debe practicar sus notificaciones; disponiendo en su párrafo segundo lo siguiente:

*“Las notificaciones se realizaran en el plazo, forma domicilio y condiciones señaladas en los numerales III, IV, V y VI del presente artículo, **salvo lo expresamente establecido en la reglamentación especial** de los sistemas de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.”*(Las negrillas y subrayado insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De acuerdo a la aludida disposición legal, debemos circunscribirnos a lo dispuesto por la norma especial que reglamenta el sistema de regulación financiera, y en el presente caso, corresponde al Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En este contexto, la Sección Primera del Capítulo Cuarto del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece la validez y eficacia de los Actos Administrativos, para el Sistema de Regulación Financiera (normativa especial), en el que regla el procedimiento por la cual se deben realizar las notificaciones a los sujetos procesales dentro su ámbito de aplicación señalando de manera expresa que actos serán objeto de notificación personal. Es así que el párrafo tercero, inciso a) del artículo 25 señala:

*“III. Serán objeto de notificación personal, los siguientes actos:*

*a) Los de alcance particular que concluyan con el procedimiento seguido ante una Superintendencia Sectorial y **tengan carácter definitivo** o los que sin serlo, impidan la prosecución de los trámites.”* (Las negrillas y subrayado insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Posteriormente POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L. interpone Recurso de Revocatoria contra la mencionada nota y la Autoridad de Supervisión emite “Resolución Administrativa Revocatoria”; asumiendo que el acto administrativo recurrido (nota ASFI/DSV/R-11853/2010), constituía un acto administrativo definitivo; sin embargo la ASFI declara la improcedencia del recurso interpuesto por no cumplir con los presupuestos procesales establecidos en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 en referencia a



la procedencia de los recursos contra resoluciones definitivas, es decir rechaza el recurso por determinar que el mismo es un acto de mero trámite, contradicción legal en la que incurre instancia inferior.

Continuando con el análisis, si tomamos en cuenta la parte resolutive de la cuestionada Resolución Revocatoria ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010, en la que se declara la improcedencia del recurso interpuesto por no ser un acto administrativo definitivo; La Autoridad reguladora no debió emitir Resolución motivada, sino que debió encausar el procedimiento de acuerdo a los presupuestos procesales establecidos por el artículo 42 de la ley de Procedimiento Administrativo; desnudándose una contradicción mas.

Por otro lado, si consideramos la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010 como un acto administrativo definitivo; la ASFI tampoco ha cumplido con los presupuestos procesales establecidos en el artículo 25 del Decreto Supremo N° 27175, referente a la forma de notificación que debió realizar de acuerdo a lo expresado ut supra.

De acuerdo a lo manifestado, es evidente que la Autoridad de Supervisión cometió una serie de contradicciones que generan una incorrecta aplicación del procedimiento administrativo.

De acuerdo a lo manifestado, el recurrente cuestiona de manera categórica la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010; en sentido de que; si este constituye un acto administrativo definitivo o de mero trámite; acto que fue producto de impugnación mediante Recurso de Revocatoria y Jerárquico; correspondiendo entonces compulsar los antecedentes sobre lo señalado líneas arriba y establecer la adecuada aplicación del procedimiento.

Debemos analizar tanto el cumplimiento de las normas procesales precitadas como los actos administrativos realizados por la Autoridad de fiscalización y de este modo determinar los eventuales vicios procedimentales denunciados por el recurrente, la correcta aplicación de procedimiento establecido y la fundamentación y/o motivación de los actos administrativos emitidos.

Es muy importante dejar expresamente establecido que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 que aprueba el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera constituye en procedimiento especial para la tramitación de los procesos, recursos e impugnaciones de la actividad regulatoria financiera, siendo de especial y previa aplicación a cualquier otra disposición legal; es así que dicha norma realiza una diferenciación de la condición de Resolución Administrativa con otros actos administrativos de menor jerarquía disponiendo lo siguiente:

*“Artículo 17.- (Concepto).*

*I. Para los fines de este Reglamento, Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados.*

*II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto:*

- a) Mención de tal calidad.*
- b) Número de identificación correspondiente.*
- c) Lugar y fecha de expedición.*
- d) Los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan.*
- e) La decisión clara y expresa del Superintendente que la expide y;*
- f) La firma de la autoridad que la expidió."*

*"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos). Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación."*

*"Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).*

*I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada."*

De acuerdo a las disposiciones legales precedentemente citadas, el procedimiento especial en materia de regulación financiera establece; para que los actos administrativos sean susceptibles a ser recurridos por la vía revocatoria necesariamente deben ser actos debidamente motivados de hecho y derecho mediante una "Resolución Administrativa" y no una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), que se encuentra catalogada como un acto administrativo de menor jerárquica en concordancia con el citado artículo 19°.

Siguiendo este contexto, el Capítulo V, Sección II, Artículos 46 y 47 del Decreto Supremo N° 27175 establecen la impugnación con Recurso de Revocatoria y su procedencia de acuerdo al siguiente texto:

*Artículo 46, "Las Resoluciones Administrativas de los Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió."*

*Artículo 47, "Parágrafo I "Los recursos de revocatoria proceden contra toda*

*resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento.”*

Tenemos entonces, que es disposición expresa que la procedencia de los recursos de revocatoria son contra Resoluciones Administrativas y no contra actos administrativos de menor jerarquía.

Si bien es cierto, que la norma regulatoria del sistema financiero delega la responsabilidad al regulado para solicitar que consigne el acto administrativo (nota ASFI/DVS/V/R-11853/2010) en una Resolución Administrativa, tampoco es menos cierto que en caso de omisión por parte del administrado, la Autoridad Fiscalizadora debió reencauzar el procedimiento en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 42 y 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establecen:

*“ARTÍCULO 42.- (CALIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO). El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación.”*

*“ARTÍCULO 43.- (SUBSANACIÓN DE DEFECTOS). Si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos legales esenciales, la Administración Pública requerirá al interesado para que en un plazo no superior a cinco (5) días subsane la deficiencia o acompañe los documentos necesarios, con indicación de que, si así no lo hiciera, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud.”*

En consecuencia, el procedimiento regulatorio llevado a cabo por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no fue concordante con las disposiciones legales administrativas que rigen la materia, así como la Resolución Revocatoria ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010 adolece de una serie de contradicciones tanto en su *ratio decidendi* como en el *decisum* conculcando de esta manera el debido proceso al que debe circunscribirse la administración como los demás sujetos procesales; principio legal que engloba una serie elementos supletorios que necesariamente corresponde desarrollar para una mejor ilustración.

### **3. Del Debido proceso.**

De acuerdo a los agravios presentados por el recurrente, POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L. el recurrente alega vicios procedimentales que comprometerían el procedimiento legalmente establecido, alegando en su petitorio la nulidad del acto administrativo; por lo que previamente a considerar si se realizara una compulsión de fondo, corresponde realizar una revisión de forma al procedimiento administrativo

establecido.

El debido proceso consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento pudiendo ejercer todas y cada una de las garantías reconocidas para el efecto, entra las que se encuentran el obtener decisiones correctamente fundadas o motivadas, brindar la seguridad y certeza que el pronunciamiento a emitir goce de todos los requisitos procedimentales exigidos dotando al administrado de la certeza y confianza que los administrados tengan en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de las normas validas y vigentes confianza que nace de la estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica de los actos y decisiones que asume el Estado a través de sus órganos de poder; que en este caso corresponde a la Autoridad de Supervisión, proporcionándole esa seguridad jurídica que le otorga la confianza de un ordenamiento jurídico público eficaz y transparente.

Otro principio legal que forma parte del elemento esencial al debido proceso es el de congruencia; que en instancia Jerárquica se lo ha desarrollado a cabalidad, teniendo como precedente la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 señala:

*“... 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”.*

*“...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...”*

Por otro lado, uno de los principios reglados en la actividad administrativa es el de sometimiento pleno a la ley que no es otra cosa que la subsunción del principio de legalidad que se traduce jurídicamente en el principio político de primacía de la ley en otras palabras “*el imperio de la ley*” por el que toda actividad administrativa y jurisdiccional está sometida a la ley, siendo este un dogma básico de todo sistema democrático; consecuentemente supone la sumisión de los actos administrativos y jurisdiccionales concretos a las disposiciones vigentes en su generalidad.

Realizada la compulsa de los actos administrativos emitidos y como fue llevado a cabo el procedimiento administrativo regulatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realizó una serie de omisiones en su tramitación así como fue contradictoria

en su pronunciamiento habiendo conculcado los principios precedentemente citados, comprometiendo el procedimiento a una suerte de anulabilidad y posterior corrección del mismo debiendo tomar en cuenta todo lo manifestado encausando adecuadamente su proceder y restituyendo las garantías del debido proceso y sus elementos a favor del administrado.

Sin embargo en la lucha de conllevar un debido proceso, no podemos someter al regulado un procedimiento moroso que le ocasione perjuicios innecesarios tanto al regulado como al aparato administrativo, debiendo velarse por una economía procesal, pronta, eficaz y efectiva que otorgue a los sujetos procesales la certidumbre jurídica de que el pronunciamiento que pueda emitir la Administración Pública se encuentre enmarcado dentro el ámbito de la legalidad procesal en resguardo a sus derechos legamente constituidos.

Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de la protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria.

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite un proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente mediante memorial presentado ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 7 de diciembre de 2009

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43, literal b), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

#### **RESUELVE:**

**ÚNICO.- ANULAR** lo actuado en el procedimiento administrativo tramitado, hasta la emisión de la Nota ASFI/DVS/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010 inclusive, debiendo

la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero regularizar el procedimiento dictando resolución motivada en derecho sobre la solicitud realizada por POZO & ASOCIADOS mediante memorial presentado en fecha 07 de diciembre de 2009 conforme lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 y su Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Financiera de acuerdo a lo compulsado en la presente resolución

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

ASFI N° 308/2010 DE 21 DE ABRIL DE 2010

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2010

## **FALLO**

REVOCA PARCIALMENTE





## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No.022/2010**

La Paz, 21 de septiembre de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**, la Resolución Administrativa ASFI N° 308/2010 de 21 de abril de 2010; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 39/2010 de 25 de agosto de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 12 de mayo de 2010, el **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**, legalmente representado en este procedimiento por Antonio Valda Careaga y Sergio Aniceto Armando Pascual Ávila, conforme al Testimonio de Poder N°

613/2009 de fecha 23 de septiembre de 2009 otorgado por ante Notaria de Fe Pública de Primera Clase N° 051 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de Katherine Ramírez Calderón, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 308/2010 de 21 de abril de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución ASFI N° 100 de 14 de agosto de 2009, complementada por la Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-47423/2010 de 13 de mayo de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió en fecha 17 del mismo mes y año, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 308/2010 de 21 de abril de 2010, recurso que fue admitido a través del Auto de Admisión de 20 de mayo de 2010.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/100/2009 DE 14 DE AGOSTO DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009, el Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

*“1. Sancionar al **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.**, con la sanción administrativa de amonestación, por inobservancia o incumplimiento a lo dispuesto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera por la falta de reemplazo o reposición de capital del monto del prepago realizado el 30 de diciembre de 2008, correspondiente al crédito subordinado suscrito con la Nacional Financiera Boliviana SAM (actual Banco de Desarrollo Productivo – BDP SAM).*

*2. Proceder al reemplazo de capital por el prepago efectuado de \$us. 6.750.000 del crédito subordinado PROFOP en el plazo de 60 días y cumpliendo con lo previsto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera.*

*3. En cumplimiento con el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Nacional de Bolivia S.A., debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas con las determinaciones adoptadas.”*

## **2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/145/2009 DE 28 DE AGOSTO DE 2009.-**

Mediante Resolución ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009 y ante la solicitud de complementación solicitada por la Entidad Recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*“Efectuar la complementación solicitada por el BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., de la Resolución ASFI/Nº 100/2009 de 14 de agosto de 2009, de acuerdo a lo siguiente:*

- 1. La Dirección de Normas y Principios de la ASFI manifestó que de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, el reemplazo de amortizaciones o cancelaciones anticipadas de obligaciones subordinadas debería efectuarse al momento en que se producen las mismas. Aspecto contenido en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, en el numeral 2, Artículo 2, Sección 3, que establece que los accionistas deben comprometerse a realizar nuevos aportes de capital, reinvertir utilidades o contratar otra deuda subordinada en la medida en que el préstamo subordinado contraído sea amortizado o cancelado, asimismo el Artículo 7, Sección 2, de la citada norma, dispone que en cada caso de amortización el monto cancelado debe ser reemplazado obligatoriamente por nuevos aportes de capital, por la reinversión de utilidades, por otra deuda subordinada o por una combinación de las tres, disposiciones legales que establecen el momento en el cual se debe realizar el reemplazo o reposición de capital.*
- 2. La Resolución ASFI/Nº 100/2009 de 14 de agosto de 2009, consideró que la Junta de Accionistas de 12 de febrero de 2009, determinó la constitución de reservas voluntarias por un monto de Bs. 41,429,242.24 y de reservas legales por un monto de Bs8,646,327.75, sin que en dicha Junta se especifique que las reservas voluntarias fueron constituidas como reposición del capital prepagado el 30 de diciembre de 2008, en consecuencia no ha existido la voluntad expresa de la Junta de Accionistas para tal finalidad, aclarándose que la reserva legal se constituye en una obligación específica de acuerdo con el Artículo 26 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras”.*

## **3. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 02 de octubre de 2009, el BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI Nº 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI/145/2009 de 28 de agosto de

2009, mismo que no se transcribe por estar contenido de manera *in extensa* en el Recurso Jerárquico.

#### **4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 324/2009 DE 12 DE OCTUBRE DE 2009.-**

Mediante Resolución ASFI/N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A., contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, por el supuesto hecho de haber sido presentada fuera del plazo establecido en la normativa vigente.

#### **5. RECURSO JERÁRQUICO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

Mediante memorial presentado el 18 de noviembre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, que declaró y ratificó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009.

#### **6. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010.-**

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas resolvió:

*“ ÚNICO.-ANULAR la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, que declaró y ratificó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero admitir el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. y resolver sobre el fondo del mismo”*

#### **7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 308/2010 DE 21 DE ABRIL DE 2010.-**

Por Resolución Administrativa ASFI/N° 308/2010 de 21 de abril de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió confirmar la Resolución ASFI N° 100/2009 y la Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009 bajo los siguientes argumentos:

*“(…) CONSIDERANDO:*

*Que, mediante Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, esta Autoridad de Supervisión resolvió declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. fundamentando su*

decisión en la extemporaneidad de la presentación del Recurso y la inaplicabilidad del plazo de distancia establecido en la Ley, ya que el mismo fue presentado a los 20 días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la Resolución Complementaria a la ahora impugnada y el domicilio procesal estaba señalado en la ciudad de La Paz de acuerdo a anteriores diligencias de notificación que conciernen al presente procedimiento administrativo.

Que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010, resuelve anular la Resolución ASFI N° 324/2010 ordenando la admisión del Recurso de Revocatoria presentado por Banco Nacional de Bolivia S.A. y consecuentemente se dicte Resolución que resuelva las cuestiones de fondo.

Que, mediante Auto de fecha 19 de marzo de 2010 esta Autoridad de Supervisión resuelve disponer la radicatoria en la Dirección de Asuntos Jurídicos de (la) ASFI del (sic) proceso administrativo sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., estableciendo además que el plazo para dictar Resolución se computará a partir del siguiente día hábil de realizada la notificación con el acto administrativo.

#### **CONSIDERANDO:**

(...)Que, en el presente proceso administrativo se puede advertir que, el Decreto Supremo N° 26204 de 1 de junio de 2001 que reglamenta la Ley N° 2196 del 'Fondo Especial de Reactivación Económica y Fortalecimiento de Entidades (de) Intermediación Financiera' de 3 de mayo de 2001, señala en el artículo 3 que los créditos subordinados regirán por lo establecido en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Que, consecuentemente resulta necesario aclarar que el alcance de la presente Resolución se circunscribe al incumplimiento por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A. al mencionado reglamento, por lo que no se considerará la finalidad ni el objetivo del Programa de Fortalecimiento Patrimonial, sometiendo el accionar de esta Autoridad de Supervisión a las reglas jurídicas establecidas en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto, garantizando de esta manera el sometimiento pleno a la ley y la seguridad jurídica que, de acuerdo a los argumentos del Banco Nacional de Bolivia, supuestamente habría sido vulnerada.

#### **CONSIDERANDO:**

*Que, el Banco Nacional de Bolivia S.A. y la Nacional Financiera Boliviana – NAFIBO SAM, actual Banco de Desarrollo Productivo –BDP SAM suscribieron mediante Escritura Pública N° 5807/2008 de 26 de diciembre de 2008, una adenda al contrato de préstamo subordinado suscrito a través de la Escritura Pública N° 3406/2001 de 27 de diciembre de 2001, dicha adenda tuvo por objeto adecuar el contrato principal a las nuevas previsiones del Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera contenido en el Título IX, Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

*Que, según el contenido del Acta de la Junta Ordinaria de Accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. realizada el 12 de febrero de 2009, se decidió reinvertir utilidades, identificando las mismas como reserva legal y voluntaria, sin especificarse que la finalidad era la reposición de capital del monto prepago de \$us. 6.750.000.- el 30 de diciembre de 2008, correspondiente al contrato de préstamo subordinado mencionado anteriormente.*

*Que, con relación a la decisión de reinversión de utilidades efectuada por la Junta Ordinaria de Accionistas el 12 de febrero del año 2009, se habría producido el reemplazo exigido por el Reglamento, al respecto la falta de esta decisión expresa por parte de la Junta de Accionistas, no puede ser asumida solamente por los ejecutivos considerando que no corresponde a quienes administran el Banco asumir o suponer la voluntad de la Junta, sobre un tema que expresamente no consta en Acta y considerando principalmente que es atribución privativa de la Junta de Accionistas, según el Código de Comercio la decisión sobre el tratamiento de utilidades o el destino de las mismas.*

*Que, la capitalización de utilidades realizada en el transcurso de la vigencia del contrato del préstamo subordinado por importe superior al total de la deuda subordinada, no puede ser considerada como reposición del monto prepago tomando en cuenta que el marco legal bajo el cual se suscribió el contrato principal contenido en la Ley N° 2196 de 3 de mayo de 2001 y su Decreto Reglamentario N° 26204 de 1 de junio de 2001, obligaban expresamente a las entidades a no distribuir utilidades durante la vigencia del préstamo. Asimismo, el Decreto Reglamentario en su artículo 3 determinaba que todos los créditos subordinados otorgados a través del Programa de Fortalecimiento Patrimonial dispuesto por la citada Ley, debían regirse por lo establecido en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades Financieras emitido por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*

*Que, toda reinversión realizada durante la vigencia del contrato de préstamo tuvo por objeto el cumplimiento de la normativa señalada, y no la finalidad de reemplazar capital por un futuro posible prepago, el mismo que legalmente podría ser realizado solamente a partir de la vigencia de las modificaciones del*

Reglamento y para lo cual era necesaria la suscripción de la adenda al contrato, la que en el presente caso mereció la no objeción del Organismo de Supervisión el 5 de febrero de 2009 mediante carta SB/ISR I/D-6960/2009.

Que, el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como Parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, en su Título IX, Capítulo X, Sección 2, artículo 7 señala la obligatoriedad de reponer capital sin mencionar si el mismo corresponde únicamente cuando el Coeficiente de Adecuación Patrimonial se encuentra por debajo del límite señalado en la Ley, en este entendido la reposición de capital exigida por el Reglamento debe ser realizada de manera independiente al límite de Coeficiente de Adecuación Patrimonial que la entidad financiera cuente en el momento del prepago.

Que, en este sentido, el Título IX, Capítulo X, Sección 3, artículo 2, numeral 2, del citado reglamento exige el compromiso de los accionistas de la entidad de realizar nuevos aportes de capital, reinvertir utilidades o contratar otra deuda subordinada en la medida en que el préstamo subordinado contraído sea amortizado o cancelado, sin efectuar discriminación alguna respecto a cuando no se(sic) procedería la reposición de capital y dicha obligación es asumida por los accionistas de la entidad en la Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 9 de diciembre de 2008.

Que, la falta de reposición de capital afectó el nivel del patrimonio neto de la entidad, entre el 23 de enero y 11 de marzo del año en curso, de acuerdo al siguiente detalle:

<b>Validez del Patrimonio Neto</b>	<b>Monto Bs.</b>	<b>Variación</b>	<b>Observación</b>
Del 01/12/2008 al 22/01/2009	655,450,595		
Del 23/01/2009 al 11/02/2009	591.170.208	(64.280.387)	Prepago del PROFOP por Bs. 47.047.500, sin reposición de capital
Del 12/02/2009 al 11/03/2009	589.550.699	(1.619.509)	
A partir del 12/03/2009	658.802.252	69.251.553	Reinversión parcial de utilidades de la gestión 2008, no mencionada específicamente como reposición de capital por el prepago del crédito PROFOP

Que, asimismo, el impacto que se generó en el Coeficiente de Adecuación



Patrimonial del Banco, producto del prepago efectuado sin reponer capital, se advierte en primera instancia entre los días 22 y 23 de enero del año en curso, mismo que disminuyó de 13.71% a 12.40%, como efecto en este último caso de que en el cálculo del patrimonio neto realizado con datos a diciembre de 2008, en el cual ya no se consideraba el crédito subordinado que mantenía con el PROFOP conforme se muestra en el cuadro anterior. Esta situación se mantuvo hasta el 11 de marzo del año en curso.

**CONSIDERANDO:**

Que, la reinversión parcial de utilidades que menciona el Banco, en la cual la Junta Ordinaria de Accionistas de 12 de febrero de 2009, en la cual(sic) decide constituir Bs. 8,646,327.75 como reserva legal, **no puede entenderse como reposición de capital emergente del prepago del subordinado, dado que responde a un requerimiento establecido específicamente en el artículo 26 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.**

Que, la reinversión de utilidades realizada por la entidad corresponden a fechas anteriores al prepago del crédito subordinado del PROFOP efectuado por el Banco y cuando no estaba vigente la Circular SB/079/2008 de 11 de junio del 2008 (modificaciones al Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del patrimonio neto de las entidades de intermediación financiera), que si bien señala la posibilidad de adecuar los contratos anteriores a la normativa, y habilita la opción de realizar pagos anticipados, no hace referencia alguna a que si existieron capitalizaciones con anterioridad a su vigencia pueden las mismas ser consideradas como parte de la reposición de capital que están actualmente obligadas a efectuar las entidades.

**CONSIDERANDO:**

Que, el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera contenido en el Título IX, Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y modificado a través de la Circular SB/579/2008 de 11 de junio de 2008, establece en el artículo 1 de la Sección 6, que las obligaciones instrumentales mediante contratos de préstamo subordinados con anterioridad al 16 de enero de 2008, continuaran regulándose hasta su vencimiento, conforme las condiciones y términos pactados en el marco de la normativa vigente al momento de la celebración del contrato, salvo acuerdo entre partes para adecuar su contrato al presente Reglamento.

Que, asimismo, el artículo 4 de la Sección 3 del Reglamento citado señala que una obligación subordinada instrumentada mediante contrato de préstamo puede admitir modificaciones a los términos y condiciones inicialmente

*pactados referidos al plazo, tasa de interés, monto y otros, siempre que exista acuerdo entre partes. Las modificaciones deben ser comunicadas al Organismo Supervisor para su no objeción acompañando el Acta en la que conste la aprobación de la Junta de Accionistas u órgano equivalente y el documento contractual correspondiente.*

*Que, el artículo 7, Sección 2, del Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, dispone que 'Las obligaciones subordinadas admiten, pago al vencimiento, amortizaciones periódicas o en cuotas y prepagos, opciones que deben figurar en el contrato, en la declaración unilateral de voluntad de emisión, el Acta de la Junta de Accionistas u órgano equivalente y en el prospecto de la emisión, según corresponda. En cada caso, el monto cancelado debe ser reemplazado obligatoriamente por nuevos aportes de capital, por la reinversión de utilidades, por otra deuda subordinada o por una combinación de las tres'. Asimismo el numeral 2, artículo 2, sección 3 del Reglamento, establece que los accionistas deben comprometerse a realizar nuevos aportes de capital, reinvertir utilidades o contratar otra deuda subordinada en la medida en que el préstamo subordinado contraído sea amortizado o cancelado.*

#### **CONSIDERANDO:**

*Que, la Dirección de Normas y Principios de la ASFI manifestó que de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del patrimonio neto de las Entidades de Intermediación Financiera, el reemplazo de amortizaciones o cancelaciones anticipadas de obligaciones subordinadas debería efectuarse al momento en que se producen las mismas. Aspecto contenido en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, en el numeral 2, artículo 2, Sección 3, que establece que los accionistas deben comprometerse a realizar nuevos aportes de capital, reinvertir utilidades o contratar otra deuda amortizando o cancelando, asimismo el artículo 7, sección 2, de la citada norma, dispone que en cada caso de amortización el monto cancelado debe ser reemplazado obligatoriamente por nuevos aportes de capital, por la reversión de utilidades, por otra deuda subordinada o por una combinación de las tres, disposiciones legales que establecen el momento en el cual se debe realizar el reemplazo de capital.(...)"*

#### **8. RECURSO JERÁRQUICO DE 12 DE MAYO DE 2010.-**

Mediante Memorial presentado el 12 de mayo de 2010, el Banco Nacional de Bolivia S.A. presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, en base a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

**“(…) ANTECEDENTES**

- El Banco Nacional de Bolivia S.A. (BNB S.A.) y Nacional Financiera Boliviana SAM (NAFIBO SAM), actual Banco de Desarrollo Productivo SAM (BDP SAM), celebraron un Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización dentro del Programa de Fortalecimiento Patrimonial (PROFOP), conforme consta en la Escritura Pública N° 3406/2001 de 27 de diciembre de 2001, otorgada por ante Notaria de Fe Pública N° 007 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna.

- La cláusula novena del mencionado Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización (PROFOP) establecía expresamente lo siguiente:

*‘Los pagos anticipados para el crédito motivo del presente contrato, se registrarán de acuerdo a lo establecido para los créditos subordinados en el artículo 4° del Título IX Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras’.*

- El artículo 4° del Título IX Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF); vigente a tiempo de la suscripción del referido contrato, establecía que:

*‘El plazo de contratación de las obligaciones subordinadas no será menor de cinco años y no será admisible su pago anticipado’.*

- Posteriormente, el referido Título IX, Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras fue modificado en diversas oportunidades, manteniéndose en todas ellas la prohibición de efectuar pagos anticipados, salvo en la última modificación del ‘Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del patrimonio neto de los Bancos y Entidades Financieras’ efectuada a través de la Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008, actualmente en vigencia, que en su artículo 7° de la Sección 2 dispone lo siguiente:

**‘Forma de Pago.-** Las obligaciones subordinadas admiten pago al vencimiento, amortizaciones periódicas o en cuotas y prepagos, opciones que deben figurar en el contrato (...)’.

- Asimismo, la Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008, establece en su artículo 1° de la Sección 6 lo siguiente:

*‘Las obligaciones subordinadas instrumentadas mediante contrato de préstamo contratadas antes del día 16 de enero de 2008, continuarán*

regulándose hasta su vencimiento conforme a los términos y condiciones pactadas en el marco de la normativa vigente al momento de la celebración del contrato, salvo acuerdo entre partes para adecuar su contrato al presente Reglamento'.

- En virtud a dicha modificación en la normativa, el Banco Nacional de Bolivia S.A., solicitó al BDP SAM la adecuación de la cláusula novena sobre pagos anticipados del Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización de fecha 27 de diciembre de 2001, a la Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008 en actual vigencia. El BDP SAM al manifestar su conformidad a la propuesta del BNB S.A., dio lugar a que el Banco Nacional de Bolivia S.A. solicite a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras – SBEF, su "no objeción" correspondiente, para luego proceder a la instrumentación de las modificaciones al contrato del Crédito Subordinado de Capitalización de fecha 27 de diciembre de 2001. A requerimiento de la SBEF, se remitió copia protocolizada de Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. de fecha 9 de diciembre de 2008 en la que consta la aprobación a la adecuación de la referida cláusula novena del contrato de Crédito Subordinado de Capitalización a la nueva normativa emanada por la SBEF, **en lo referente a pagos anticipados** así como borrador del addendum modificatorio.
- En virtud a la referida documentación la SBEF a través de nota SB/ISR I/D-64981/2008 de fecha 23 de diciembre de 2008 comunica al Banco Nacional de Bolivia S.A. lo siguiente: '(...)noexistiendo observaciones a la propuesta de modificación a realizarse, agradeceré remitir el contrato suscrito que incluya los aspectos autorizados por la Junta de Accionistas'.
- En base a lo anterior, y dando cumplimiento a lo dispuesto en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 9 de diciembre de 2008, el Banco Nacional de Bolivia S.A. celebró y suscribió con el BDP SAM una adenda modificatoria al Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización, a través de la cual se modifica la cláusula novena del mismo, referente a los pagos anticipados, conforme consta en la Escritura Pública N° 5807/2008 de 26 de diciembre de 2008 por ante Notaria de Fe Pública No. 007 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna, cuya copia fue remitida y puesta (en) conocimiento de la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.
- El Banco Nacional de Bolivia S.A. en virtud a la modificación de la cláusula Novena del Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización - PROFOP y en consideración a que el mismo tiene fuerza de ley entre las partes conforme a lo dispuesto por el artículo 519 del Código Civil, en fecha 30 de diciembre de 2009, procedió a efectuar el pago del saldo total del Crédito Subordinado de Capitalización - PROFOP al BDP SAM., lo cual fue

comunicado a la SBEF el primer día hábil siguiente.

- A través de nota ASFI/DSR I/R-12817/2009 de fecha 25 de junio de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), con una notificación de cargos, comunica al Banco Nacional de Bolivia S.A. el incumplimiento con lo dispuesto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, por no haber procedido a reemplazar el capital por el monto del prepago efectuado del préstamo subordinado suscrito con NAFIBO SAM actual BDP SAM (Crédito Subordinado de Capitalización - PROFOP), otorgándose un plazo de siete días hábiles para presentar los correspondientes descargos o una explicación debidamente documentada.
- El Banco Nacional de Bolivia S.A. en atención a la nota ASFI/DSR I/R-12817/2009 de fecha 25 de junio de 2009, misma con la que se notifica al Gerente General presentó una explicación documentada a través de nota Cite. SGG-128/2009 de 31 de julio de 2009.
- En base a los referidos antecedentes, la ASFI pronuncia la Resolución ASFI/100/2009 de fecha 14 de agosto de 2009, misma con la que se notifica al Gerente General del Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 18 de agosto de 2009, en la que luego de una serie de consideraciones resuelve:
  1. 'Sancionar al BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., con la sanción administrativa de amonestación, por inobservancia o incumplimiento a lo dispuesto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera por la falta de reemplazo o reposición de capital del monto del prepago realizado el 30 de diciembre de 2008, correspondiente al crédito subordinado suscrito con la Nacional Financiera Boliviana SAM (actual Banco de Desarrollo Productivo - BDP SAM).
  2. Proceder al reemplazo de capital por el prepago efectuado de \$us 6,750,000 del crédito subordinado PROFOP en el plazo de 60 días y cumpliendo con lo previsto en el Título IX, Capítulo X, Sección 2, Artículo 7 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera.
  3. En cumplimiento con el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Nacional de Bolivia S.A., debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas con las determinaciones adoptadas'.

- Ante una solicitud de complementación interpuesta por el Banco Nacional de Bolivia S.A., la ASFI pronuncia la Resolución ASFI/145/2009, por la que en su parte resolutive complementa parcialmente la Resolución ASFI/100/2009 de acuerdo a lo siguiente:

1. '... el reemplazo de amortizaciones o cancelaciones anticipadas de obligaciones subordinadas o cancelaciones anticipadas, debería efectuarse al momento en que se producen las mismas... "

2. La Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009, consideró que la Junta de Accionistas de 12 de febrero de 2009, determinó la constitución de reservas voluntarias..., sin que en dicha Junta se especifiquen que las reservas voluntarias fueron constituidas como reposición del capital prepagado el 30 de diciembre de 2008 ... "

- En fecha 02 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A. presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 100/2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 145/2009. En fecha 09 de octubre de 2009, el Banco Nacional de Bolivia S.A solicitó a la ASFI considere el plazo en razón de la distancia dispuesto en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 27175 que textualmente señala lo siguiente:

**‘(Plazo por Distancia).** Las actuaciones administrativas que deben ser realizadas por interesados que tengan su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, a partir del día de cumplimiento del plazo’. (las negrillas son nuestras).

La petición anteriormente señalada, se la hizo en razón a que el Banco Nacional de Bolivia S.A. tiene señalado como domicilio en su estatuto, la ciudad de Sucre - Bolivia, es decir plaza distinta a la de la ASFI, por lo que el Recurso de Revocatoria se presentó en tiempo hábil.

- Mediante Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009, la ASFI declara improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. bajo el argumento de que si bien el artículo 34 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece un plazo adicional para los casos en los que los interesados tengan su domicilio en provincias o departamentos distintos al del domicilio del Órgano Regulador que emitió el acto, no debe dejarse de considerar que la ASFI estableció una Dirección Regional en la ciudad de Sucre, Dirección ésta, en la que el Banco Nacional de Bolivia S.A. podía haber presentado su memorial de recurso de revocatoria en la que consigna el lugar y fecha La Paz 1° de octubre de 2009.

- En fecha 20 de octubre de 2009(sic), el Banco Nacional de Bolivia S.A. presenta solicitud de complementación y enmienda a la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 señalando que las atribuciones de la Dirección Regional de la ASFI en la ciudad de Sucre no se encuentran en disposición legal alguna y que más bien conforme al Título X, Capítulo VI, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, los interesados solamente pueden presentar ante las oficinas regionales de la ASFI, correspondencia con excepción de aquella que contenga información periódica o esté sujeta a plazo específico, caso éste último que incluye a los recursos de revocatoria que se encuentran sujetos a plazo.
- La ASFI mediante Resolución ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, notificado al Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 04 de noviembre de 2009, complementa la parte considerativa de la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y mantiene inalterable la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009.
- En fecha 19 de enero de 2010, la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010, misma que resuelve anular la Resolución ASFI N° 324/2009 de 12 de octubre de 2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 365/2009 de 27 de octubre de 2009, que declaró y ratificó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009, debiendo esta Autoridad de Supervisión, admitir el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. y resolver sobre el fondo del mismo.
- La ASFI mediante Resolución ASFI/N° 308/2010 de 21 de abril de 2010 notificada al Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 28 de abril de 2010, en cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 emitida por la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se pronuncia sobre el fondo del Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Nacional de Bolivia S.A. contra la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 complementada por Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

## **II. RECURSO JERÁRQUICO.**

Señor Director Ejecutivo, habiendo sido notificado el Banco Nacional de Bolivia S.A. en fecha 28 de abril de 2010 con la Resolución ASFI N° 308/2010 de 21 de abril de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y a través de la cual se CONFIRMA la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto

de 2009 complementada por Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en virtud y conforme a los artículos 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 25 de septiembre de 2003, presentamos en nombre y representación del Banco Nacional de Bolivia S.A., Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI 308/2010 de 21 de abril de 2010, ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), por ser perjudicial a los derechos y pretensiones de la institución que representamos conforme se manifiesta a continuación:

### **III. FUNDAMENTOS.**

La Resolución ASFI 308/2010 de 21 de abril de 2010 CONFIRMA la Resolución ASFI N° 100/2009 de 14 de agosto de 2009 complementada por Resolución ASFI N° 145/2009 de 28 de agosto de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con los fundamentos que se mencionan y refutan a continuación:

1. Señala la Resolución: 'Que, en el presente proceso administrativo se puede advertir que, el Decreto Supremo N° 26204 de 1° de junio de 2001 que reglamenta la Ley N° 2196 del 'Fondo Especial de Reactivación Económica y Fortalecimiento de Entidades (de) Intermediación Financiera' de 3 de mayo de 2001, señala en el artículo 3 que los créditos subordinados regirán por lo establecido en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras', lo hace conociendo el alcance de dicho reglamento vigente en ese momento el cual no contempla el reemplazo del monto cancelado por nuevos aportes de capital, por la reinversión de utilidades, por otra deuda subordinada o por una combinación de las tres como lo dispone el Artículo 7, Sección 2 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera actualmente en vigencia y que aplica indebidamente la ASFI al presente caso. El Reglamento de Obligaciones Subordinada como parte del Patrimonio Neto de los Bancos y Entidades Financieras (puesto en vigencia en el mes de Diciembre de 1999 y vigente a la fecha de suscripción del Contrato créditos subordinados de capitalización – PROFOP por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A.) establecía en cuanto al reemplazo de la deuda subordinada (Art. 1°), que el acta de la junta de accionista que aprueba la contratación de la obligación y sus condiciones debe contener también la información en la que conste y se precise la **forma en que la deuda subordinada será reemplazada por recursos patrimoniales** propios durante la vigencia del contrato y los respectivos proyectos de contratos, es decir que las partes contratantes del préstamo subordinado de capitalización establecían la forma como debía reemplazarse la deuda subordinada sin remitirse al referido Reglamento de Obligaciones Subordinadas y ello en razón a



que dicha norma no establecía las opciones para efectuar el reemplazo de la deuda subordinada como lo hace el Reglamento vigente al presente. Asimismo, las normas del Programa de Fortalecimiento Patrimonial – PROFOP no establecía(n) la forma o formas como debía reemplazarse la deuda subordinada quedando dicho aspecto pactado en el contrato suscrito con Nacional Financiera Boliviana – NAFIBO y en el Acta de la Junta General de Accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. por lo que la interpretación que hace la ASFI de la voluntad del legislador es errónea.

Es importante también hacer notar que el alcance del Reglamento de Obligaciones Subordinadas como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera que se encontraba en vigencia al momento de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 26204 de 1° de junio de 2001 difiere considerablemente del actualmente vigente, por lo que la ASFI no puede orientar la voluntad del legislador al Reglamento actualmente vigente (circular SB/579/2008 de 11 de junio de 2008).

Asimismo, partiendo de la errónea interpretación anteriormente señalada, la ASFI manifiesta en la Resolución ASFI N° 308/2010 que la misma ‘...se circunscribe al incumplimiento por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A. al mencionado reglamento, por lo que no se considerará la finalidad ni el objetivo del Programa de Fortalecimiento Patrimonial, sometiendo el accionar de esta Autoridad de Supervisión a las reglas jurídicas establecidas en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto, garantizando de esta manera el sometimiento pleno a la ley y la seguridad jurídica (...)’. Este fundamento de la ASFI es incorrecto, injusto e ilegal porque en su valoración no puede prescindir de los objetivos ni finalidad del PROFOP porque el tema en cuestión es una obligación subordinada que ha sido adquirida y cumplida bajo la Ley N° 2196 de 4 de mayo de 2001, Decreto Supremo N° 26343 de 29 de septiembre de 2001 y demás normativa del PROFOP, no pudiendo admitirse la aplicación del actual Reglamento de Obligaciones Subordinada como parte del Patrimonio Neto de los Bancos y Entidades Financieras como una norma autónoma y en consideración a que el contenido de la misma ha cambiado considerablemente del Reglamento que se encontraba vigente al momento de perfeccionarse el contrato de crédito subordinado de capitalización dentro del PROFOP, lo cual no coincide con la voluntad del legislador del PROFOP, que se remitió al mismo concibiéndolo como un reglamento y no como una norma de aplicación preferente y autónoma, es por eso que la Resolución ASFI N° 308/2010 al incluir el fundamento anteriormente señalado ha emitido un acto administrativo sin sometimiento pleno a la Ley vulnerando el inciso c) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

Asimismo, la ASFI señala: ‘Que la capitalización de utilidades realizada en el transcurso de la vigencia del contrato de préstamo subordinado por importe superior al total de la deuda subordinada, no puede ser considerada como

reposición del monto prepagado tomando en cuenta que el marco legal bajo el cual suscribió el contrato principal contenido en la Ley N° 2196 de 3 de mayo de 2001 y su Decreto Reglamentario N° 26204 de 1° de junio de 2001, obligaban expresamente a las entidades a no distribuir utilidades durante la vigencia del préstamo(...)'.

Para reforzar lo señalado en el párrafo precedente, la ASFI manifiesta: '...que toda reinversión realizada durante la vigencia del contrato de préstamo tuvo por objeto el cumplimiento de la normativa señalada y no la finalidad de reemplazar capital por un futuro posible prepago, el mismo que legalmente podría ser realizado solamente a partir de la vigencia de las modificaciones del Reglamento y para lo cual era necesaria la suscripción de la adenda al contrato la que en el presente caso mereció la no objeción del Organismo de Supervisión el 5 de febrero de 2009 mediante carta SB/ISR I/D-6960/2009.

Asimismo la ASFI al prescindir de la aplicación de las normas legales que rigen el PROFOP en la Resolución ASFI/N° 308/2010 de 21 de abril de 2010 que CONFIRMA la Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009 y Resolución ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009, no ha considerado nuestros siguientes argumentos expresados en el Recurso de Revocatoria:

**Dicha norma legal establece que los aportes a capital de las Entidades de Intermediación Financiera constituidas como sociedades anónimas, realizadas a partir de la vigencia de la Ley 2064, de Reactivación Económica y hasta la promulgación de la referida Ley 2196, serán considerados para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder al PROFOP, en un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de capital efectivamente pagado.**

**A través de Ley 2297 de 20 de diciembre de 2001, artículo 28, se determina que las entidades de intermediación financiera constituidas como sociedades anónimas, para acceder al PROFOP debían presentar una certificación de suscripción y pago de acciones para el aumento de capital, por un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) del crédito subordinado solicitado o en un mayor porcentaje de acuerdo a la entidad de intermediación financiera solicitante, considerando al efectivo los aportes de capital realizados a partir del 1 de enero de 2000.**

Asimismo, el Decreto Supremo N° 26204 de 1° de junio de 2001 que reglamenta el 'Programa de Fortalecimiento Patrimonial' en cuanto a las características de los créditos subordinados de capitalización otorgados por el PROFOP, se remite al Capítulo X, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitida por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF), vigente en ese momento, y cuyo texto del artículo pertinente señala lo siguiente:

### **'ARTICULO 3.- (CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES DEL CRÉDITO)**

El crédito subordinado de capitalización otorgados bajo el PROFOP tendrá las siguientes características y condiciones:...

El crédito subordinado otorgado a través del PROFOP se regirá por lo establecido en el Capítulo X, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitida por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF)'

### **'ARTICULO 4.- (REQUISITOS DE SOLICITUD PARA ENTIDADES CONSTITUIDAS COMO S.A.)**

La solicitud del crédito subordinado para entidades de intermediación financiera constituidas como sociedades anónimas, deberá ser presentada a NAFIBO SAM o FONDESIF, según corresponda, con los siguientes documentos:

- a. (...)
- b. Plan de Fortalecimiento Institucional con opinión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (...)
- c. (...)
- d. Certificación de suscripción y pago de acciones para el aumento de capital, cuando menos por un monto equivalente al cien por ciento (100%) del crédito subordinado solicitado.

*Para efectos de cumplimiento de dicho aumento de capital, se considerarán los aportes de capital efectivamente pagados a partir de la vigencia de la Ley N° 2064 de Reactivación Económica y hasta la fecha de promulgación de la Ley N° 2196 de 4 de mayo de 2001 del Fondo Especial de Reactivación Económica y de Fortalecimiento de Entidades de Intermediación Financiera, en un setenta y cinco por ciento (75%)...'*

Es importante hacer notar que en cumplimiento de las normas anteriormente señaladas, el Banco Nacional de Bolivia S.A. para acceder al PROFOP presentó entre otros, un Plan de Fortalecimiento Patrimonial con la opinión de la entonces SBEF así como la certificación de suscripción y pago de acciones para el aumento de capital, por lo que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ante el referido cumplimiento, emitió la siguiente documentación:

1. Nota SB/ISB/Documento: D-29963 de 24 de diciembre de 2001 dirigida al entonces Gerente General del Banco Nacional de Bolivia S.A., Gonzalo Argandoña F. Ref.: Trámite N° 114964 Certificación Aportes de Capital, misma que señala, que en el marco de la Ley 2297 y Decreto Supremo N° 26204, se evidencia que a partir del 1° de enero de 2000 hasta julio de 2001, los accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. han realizado aportes a capital de:

<b>TOTAL APORTES</b>	<b>Importe en US\$</b>	<b>Importe en Bs.</b>
	10.795.162.49	68.361.641.18

2. Nota SB/ISB/ Documento: D-29769 de 21 de diciembre de 2001 dirigida al entonces Presidente del Banco Nacional de Bolivia S.A. Rolando Kempff Bacigalupo, Ref.: Trámite N° T-34113 Plan de Fortalecimiento Institucional, por la que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras señala que el Plan presentado por el Banco Nacional de Bolivia S.A. se encuadra al Programa de Fortalecimiento Patrimonial (PROFOP), para cuyo efecto se deberán ejecutar acciones y condiciones establecidas por el Directorio y la Gerencia del Banco, así como la ejecución obligatoria de las siguientes acciones:

- Compromiso de suscripción de acciones para incremento de capital para cubrir pérdidas ocasionadas por desvíos en la implementación del Plan de Fortalecimiento, en la medida que dichas pérdidas afecten el Coeficiente de Adecuación Patrimonial en un nivel por debajo de los coeficientes establecidos por el Plan.
- Cronograma de actividades con metas trimestrales de cumplimiento en estricta sujeción a lo establecido en el Plan, aprobado por el Directorio y Gerencia General del Banco.
- Políticas sobre Tesorería, Riesgo Crediticio, Evaluación y Calificación de Cartera, Normalización y Recuperación de Activos improductivos, Auditoría Interna y de gastos, debidamente aprobados mediante acta por el Directorio del Banco.
- Nombramiento o ratificación de los responsables de cada área involucrada.
- Prohibición de distribuir dividendos en tanto no se reviertan las pérdidas acumuladas, en el marco de las disposiciones legales vigentes.

En virtud a las referidas normas legales, y la Certificación (de) Aportes de Capital expedida por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se acredita que el Banco Nacional de Bolivia S.A. contaba con la suma de \$us. 10.795.162,49, como suma de aporte de capital que reemplazaba en parte el crédito Subordinado de Capitalización PROFOP por \$us. 18.000.000.--, quedando por tanto la suma de \$us. 7.204.837,51 por reemplazar con recursos patrimoniales, en aplicación del artículo 1° del Capítulo X, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a tiempo de contratar la deuda subordinada.

El reemplazo del monto de \$us. 7.204.837,51 faltante a tiempo de contratar la deuda subordinada, se encuentra claramente identificado en el cálculo del patrimonio neto remitido por la ASFI a través de la Carta Circular/SB/218/2009 de 23 de enero de 2009, en la cual, al 31 de diciembre de 2008, día siguiente del prepago del Crédito Subordinado de Capitalización PROFOP por el Banco, ascendía a la suma de Bs. 137.398.699.—en la cuenta referida a

*'Reservas Voluntarias No Distribuibles'*, suma esta que sobrepasa el monto de \$us. 7.204.837,51 a ser reemplazado con Recursos Patrimoniales conforme a lo determinado en el artículo 1° del Capítulo X, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a tiempo de contratar la deuda subordinada.

Los recursos constituidos en la cuenta *'Reservas Voluntarias No Distribuibles'*, que se consideran para efectos del Cálculo del Patrimonio Neto, se constituyen en recursos patrimoniales en aplicación a las Normas Internacionales de Contabilidad Generalmente Aceptadas (NIC) y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, y por tanto se constituyen en recursos aptos para reemplazar el monto del Crédito Subordinado de Capitalización PROFOP.

En cuanto a la adenda de contrato de crédito subordinado de capitalización – PROFOP que tuvo por objeto adecuar el contrato principal a las nuevas previsiones del Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera contenido en el Título IX, Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al que la ASFI hace alusión en la Resolución ASFI/N° 308/2010 de 21 de abril de 2010, se hace notar (que) la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. de fecha 09 de Diciembre de 2008, autorizó que la modificación del Contrato de crédito subordinado de capitalización – PROFOP se la efectúe solamente en lo referente a los pagos anticipados y no a otro tema previsto en el referido Reglamento de Obligaciones Subordinadas. Se transcribe a continuación el texto pertinente del Acta de la referida Junta General Extraordinaria de Accionistas:

*'En virtud a lo expuesto, el señor Presidente puso en conocimiento de la Junta Extraordinaria de Accionistas, la Aprobación de la modificación del Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización suscrito entre el Banco Nacional de Bolivia S.A. y la Nacional Financiera Boliviana SAM – NAFIBO SAM, actual Banco de Desarrollo Productivo SAM – BDP SAM, a los fines de su adecuación al Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera incorporado en (el) Título IX, Capítulo X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en lo referente a los pagos anticipados.*

Consiguientemente, podemos afirmar en observancia a lo anteriormente señalado, que todo lo que no hubiera sido expresamente autorizado por la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. respecto al Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización se mantiene inalterable y dentro del ámbito normativo vigente al momento de

su celebración.

Asimismo, el artículo 7, Sección 2 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera (Circular SB/579/08), que introduce la posibilidad de efectuar pagos anticipados de la obligación subordinada – lo cual no ocurría en los anteriores reglamentos- y que dispone que el monto cancelado debe ser reemplazado obligatoriamente por nuevos aportes de capital, por la reinversión de utilidades, por otra deuda subordinada o por una combinación de las tres, no puede ser analizado sin considerar el referido numeral 2, Artículo 2, Sección 3 del mismo Reglamento, ya que para que pueda exigirse la temporalidad del reemplazo o sustitución de capital por alguna de las tres alternativas que dispone o una combinación de las tres, requiere que tal compromiso haya sido asumido por la Junta General Extraordinaria de Accionistas como dispone el numeral 2, Artículo 2, Sección 3 del referido Reglamento es decir en forma previa a la obtención de la ‘no objeción’ para el cómputo de la obligación subordinada como parte del capital neto de la EIF por parte de la ASFI.

Los accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. no asumieron el compromiso del numeral 2, Artículo 2, Sección 3 del referido Reglamento porque es un compromiso que se lo adquiere al momento de la adquisición de la obligación subordinada y no como en nuestro caso, casi a la finalización del contrato es decir con la amortización casi total del saldo insoluto, es por ello que la ASFI no nos requirió que los accionistas asuman dicho compromiso y por el contrario nos otorgó la correspondiente ‘no objeción’ para proceder a la adecuación del contrato al Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera (Circular SB/579/08) en lo referente a pagos anticipados, cuyo texto en dicho sentido en los documentos remitidos a la ASFI son expresos, claros e inequívocos que no dan lugar a interpretación diversa a lo manifestado en ellos.

Consiguientemente, consideramos que la aplicación de los artículos del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera (Circular SB/579/08) que sirven de fundamento a las Resoluciones ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009 y ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009, para amonestarnos y exigirnos la sustitución del capital prepagado, constituyen un acto arbitrario de la ASFI y una interpretación errónea de la norma, ya que conforme a la normativa aplicable al PROFOP que rige el Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización, la obligación subordinada fue computada como capital secundario para el cálculo del patrimonio.

Por otro lado, la ASFI en la Resolución ASFI/Nº 308/2010 de 21 de abril de 2010

manifiesta que en la Junta Ordinaria de Accionistas de 12 de febrero de 2009 se habría producido el reemplazo exigido por el Reglamento sin que tal decisión haya sido expresa por parte de la Junta de Accionistas, no pudiendo ser asumida solamente por los ejecutivos considerando que no corresponde a quienes administran en el Banco asumir o suponer la voluntad de la junta sobre un tema que expresamente no consta en Acta y considerando principalmente que es atribución privativa de la Junta de Accionistas según el Código de Comercio la decisión sobre el tratamiento de utilidades o el destino de las mismas.

Al respecto, no entendemos que la ASFI haya nuevamente incluido este fundamento para resolver el Recurso de Revocatoria toda vez que la Junta General Ordinaria de Accionistas de fecha 10 de septiembre de 2009 (Acta protocolizada mediante Testimonio 1602/2009 otorgada ante la Notaría de Fe Pública N° 8 del Distrito Judicial de Chuquisaca), subsanó la observación de la ASFI declarando expresamente que la reinversión de utilidades efectuada por la Junta Ordinaria de Accionistas del 12 de febrero de 2009 tiene como destino el reemplazo del capital por el pago anticipado efectuado a la deuda subordinada de capitalización. Las notas CITE: SGG-155/2009 de fecha 11 de septiembre de 2009 y Cite: SGG-161/09 de 22 de septiembre de 2009 que se adjuntan al presente, demuestran que la referida Acta fue remitida a la ASFI, por lo que dicho fundamento es inconsistente para fundar el fallo.

Otro fundamento que la ASFI utiliza para confirmar la Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009 y Resolución ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009 es el siguiente: 'Que el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, en su Título IX, Capítulo X, Sección 2, artículo 7 señala la obligatoriedad de reponer capital sin mencionar si el mismo corresponde únicamente cuando el Coeficiente de Adecuación Patrimonial se encuentra por debajo del límite señalado en la Ley, en este entendido la reposición de capital exigida por el reglamento debe ser realizada de manera independiente al límite de Coeficiente de Adecuación Patrimonial que la entidad financiera cuente en el momento del prepago'.

Al respecto es importante remitirse al Artículo 2° del Decreto Supremo N° 26204 de 1° de junio de 2001 (Reglamento de la Ley 2196 – PROFOP) que establece que el objeto del crédito otorgado bajo el PROFOP será el fortalecimiento patrimonial de las entidades de intermediación financiera con licencia de funcionamiento de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras. Para ello, establece que las entidades de intermediación financiera solicitantes podrán acceder al crédito subordinado otorgado bajo el PROFOP cuando sus estados financieros proforma presenten como resultado de ajustes un coeficiente de

*adecuación patrimonial por debajo del mínimo establecido por Ley y/o una relación de su cartera en mora menos provisiones constituidas superior al cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio neto, es decir que los créditos otorgados en el PROFOP cumplen su objeto cuando el coeficiente de adecuación patrimonial de las entidades de intermediación financiera ha alcanzado o superado el mínimo establecido, por eso la ASFI no puede prescindir en el presente caso de las normas que rigen el PROFOP, ello la hace incurrir en arbitrariedad.*

*El Reglamento de Obligaciones Subordinadas en vigencia (circular SB/579/08), es un acto administrativo que conforme al inciso f) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe cumplir con los fines previstos en el ordenamiento jurídico, este fin no es cumplido con el criterio de la ASFI sobre que la reposición de capital exigida por el Reglamento de Obligaciones Subordinadas en vigencia debe ser realizada de manera independiente al límite de Coeficiente de Adecuación Patrimonial que la entidad financiera cuente en el momento del prepago, porque se estaría obligando al Banco Nacional de Bolivia S.A. a reponer doblemente su capital sin considerar que el fin del PROFOP se cumplió al haber alcanzado la institución un CAP superior al permitido por Ley, es por eso que tampoco es admisible el fundamento de la ASFI sobre que la falta de reposición de capital afectó el CAP en fecha 22 y 23 de enero y el patrimonio neto entre el 23 de enero y 11 de marzo porque tales disminuciones no vulneran los límites mínimos establecidos por Ley, además el Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera en actual vigencia en ningún lado establece que la disminución del CAP o del patrimonio por encima del mínimo permitido se encuentra prohibido, ello devela que la verdadera intención de la ASFI es sancionarnos por la disminución del CAP y patrimonio en niveles que no se encuentran sancionados por las normas legales utilizando el argumento de la reposición del capital prescindiendo de las normas del PROFOP.*

*La Resolución ASFI/N° 308/2010 de 21 de abril de 2010 al prescindir de la aplicación de las normas del PROFOP y solamente aplicar el Reglamento de Obligaciones Subordinadas en vigencia como norma autónoma y de aplicación preferente, así como de realizar interpretaciones forzadas para respaldar una decisión contraria a la Ley a sus intereses sino que al confirmar la Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009 y Resolución ASFI/145/2009 de 28 agosto de 2009 PERMANECE EN VULNERACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA A LA QUE EL BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A. tiene derecho ya que su expectativa razonablemente fundada en cuál ha de ser la actuación de la ASFI conforme y en cumplimiento de la normativa aplicable al PROFOP y del Derecho, se ve violentada por la ARBITRARIEDAD del mencionado ente público supervisor.*



La *SEGURIDAD JURÍDICA* que es un principio que transita en todo el ordenamiento jurídico nacional, se encuentra consagrada en el artículo 14 – IV de la Constitución Política del estado al establecer lo siguiente:

*'En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban'*

Consiguientemente, la actuación de la ASFI plasmada en la Resolución ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009 y Resolución ASFI/145/2009 de 28 de agosto de 2009, obliga al Banco Nacional de Bolivia S.A. a hacer lo que la normativa legal del PROFOP no manda, violentándose así una garantía fundamental protegida por la Carta Magna.

**PETITORIO:**

Señor Director Ejecutivo, en virtud a los argumentos anteriores expuestos, y en consideración a que la Resolución ASFI/Nº 308/2010 de 21 de abril de 2010 al confirmar las resoluciones impugnadas por nuestra institución fundando su decisión en la prescindencia de las normas del PROFOP y realizando interpretaciones erróneas del Reglamento de Obligaciones Subordinadas en vigencia como una norma autónoma y de aplicación preferente a las normas del PROFOP que dieron lugar al nacimiento de la obligación subordinada asumida por el Banco Nacional de Bolivia S.A. vulnera nuestro derecho a la seguridad jurídica, consagrado por las normas del artículo 311 numeral 5 y artículo 178-I, ambos de la Constitución Política del Estado, ya que dicha *'...seguridad jurídica representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio (Auto Constitucional AC 0287/1999-R de 28 de octubre)'*, y ello porque las normas del Reglamento de Obligaciones Subordinadas en vigencia son aplicadas inadecuadamente. En consecuencia, al estar afectado el derecho a la seguridad jurídica, consagrado por la CPE, los actos administrativos lesivos impugnados ocasionan un perjuicio al Banco Nacional de Bolivia S.A. porque es sancionado indebidamente y porque es conminado a reemplazar doblemente el capital dentro del PROFOP, además de no cumplir con los incisos b), e) y f) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que corresponde la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía, REVOCAR las referidas resoluciones en cumplimiento del Art. 43 literal b) del Decreto Supremo Nº 27175 de 13 de septiembre de 2003, y disponga se deje sin efecto la amonestación impuesta contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. así como la correspondiente conminatoria de reposición de capital, y sea todo conforme a ley

**Otrosi 1º.-** *Para fines del presente Recurso Jerárquico ratificamos nuestros argumentos y fundamentos expresados en el Recurso de Revocatoria y Complementación y Enmienda que cursan en obrados (...)*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA.-**

En atención a los argumentos expuestos en el Recurso Jerárquico, se pasa a efectuar el correspondiente examen de legalidad.

**1.1.** La entidad recurrente alega: ***“La ASFI aplica indebidamente el Reglamento, en actual vigencia, de Obligaciones Subordinadas como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, olvidando que el Reglamento que rige es el vigente al momento de la suscripción del Contrato Créditos Subordinados de Capitalización PROFOP – Banco Nacional de Bolivia de 27-12-2001”***

El Decreto Supremo No. 26204 de 1 de junio de 2001, que reglamenta la Ley No. 2196 del Fondo Especial de Reactivación Económica y de Fortalecimiento de Entidades de Intermediación Financiera, establecen en su artículo 3 que el crédito subordinado otorgado a través del PROFOP se regirá por lo establecido en el Capítulo X, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Tomando en cuenta que el Crédito Subordinado de Capitalización fue celebrado el 27 de diciembre de 2001, por la entidad recurrente y NAFIBO SAM, la normativa aplicable hubiere sido la vigente al momento de la suscripción del documento de préstamo; sin embargo y toda vez que la entidad recurrente suscribió una adenda modificatoria al contrato de crédito subordinado de capitalización, mediante Escritura Pública N° 5807/2008 de 29 de diciembre de 2009, en virtud a la facultad que le otorgaba la Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008, entonces la normativa aplicable, es la Resolución SB N° 098/2008 por las siguientes razones:

El artículo 1º de la Sección 6: Otras disposiciones de la Resolución SB N° 098/2008, textualmente establece como disposición transitoria que *“las obligaciones subordinadas instrumentadas mediante contrato de préstamo contratadas antes del*

día 16 de enero de 2008, continuarán regulándose hasta su vencimiento conforme a los términos y condiciones pactadas en el marco de la normativa vigente al momento de la celebración del contrato, **salvo acuerdo entre partes PARA 'ADECUAR SU CONTRATO AL PRESENTE REGLAMENTO'**.

Si bien la adenda efectuada al contrato principal está regida por la autonomía de la voluntad en cuanto a su adecuación a la Resolución 098/2008, debe recordarse que ésta no es absoluta pues se encuentra limitada por el orden público que en materia administrativa constituye un título de intervención, es decir que el orden público está constituido (además de la Constitución Política del Estado, las leyes y Decretos Supremos) por la normativa regulatoria emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a cuyo cumplimiento se encuentran constreñidos los regulados.

Aunque la entidad recurrente menciona (además de contemplarse en la cláusula 3 del Testimonio de la Escritura Pública de Adendum N° 5807/2008) que la modificación está referida única y exclusivamente a los pagos anticipados; esto no significa que el Banco pueda adecuarse única y exclusivamente a la parte que le favorezca de la Resolución 098/2008 y también de la Resolución 112/98.

Consecuentemente, no es posible considerar **cláusula** o norma regulatoria alguna de manera **aislada o parcial**, es imprescindible ampliar la perspectiva hasta tomar en consideración el modo en que la norma sea eficaz y las acciones coherentes con el objetivo y el fin último de dicha norma. Por lo que rigiendo el principio de Unidad Normativa (también argumentado por la propia entidad financiera) el Banco recurrente no puede ampararse en el hecho de que se hubiera **adecuado "únicamente"** a lo determinado por la Sección 2 cláusula 7° de la Resolución 098/2008, en cuanto a efectuar el prepago del monto de \$us. 6.750.000.--, porque dicha cláusula no sólo establece las formas de pago sino también el **reemplazo "OBLIGATORIO"** del prepago a objeto de cumplir el fin último de los créditos subordinados, cual es el fortalecimiento patrimonial de la Entidad que los ha contraído.

Asimismo, importa destacar que la Autoridad Supervisora, debió haber ejercido su potestad fiscalizadora y reguladora a tiempo que la Entidad Financiera puso en su consideración la adenda al contrato de préstamo subordinado, y observar el mismo haciéndole conocer que la Adenda debía cumplir todas las determinaciones de la normativa a la que se estaba acogiendo, sin embargo y en contrario sensu, mediante nota SB/ISR I/D-64981/2008 de fecha 23 de diciembre de 2008 comunicó al Banco Nacional de Bolivia S.A. la inexistencia de observaciones. Hechos jurídicos que a su vez debieron haber sido considerados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el presente proceso administrativo sancionatorio.

**1.2.** La entidad recurrente alega en la complementación al Recurso de Revocatoria que: **"La ASFI emite un criterio arbitrario, porque no existe texto alguno en el Reglamento de Obligaciones Subordinadas computables como parte del Patrimonio**

**Neto de las Entidades de Intermediación Financiera, que determine de forma expresa el momento que debe efectuarse la sustitución del capital...”**

Efectivamente, se verifica que la Resolución 098/2008 de 11 de junio de 2008, (normativa aplicable) en el artículo 7º (Forma de Pago) de la Sección 2, fija la obligatoriedad del reemplazo del prepago de capital, sin mencionar la temporalidad como lo establece hoy la Resolución ASFI/399/2010 de 25 de mayo de 2010, al decir que “...**deberá efectuarse al momento en que se produce ...**” el prepago de capital.

Es importante recordar que el Derecho Administrativo es eminentemente principista, por tanto la administración en el ejercicio de sus potestades debe sustentarse en normas jurídicas. Por ello cuando los incisos c) y g) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo establecen el principio de legalidad lo hacen con el propósito de asegurar la certeza de la aplicación del Derecho, en lo que se denomina seguridad jurídica, que representa el conocimiento que debe tener el administrado de lo previsto, prohibido, mandado o permitido por el poder público.

Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al decir que:

*“(...) un Estado de Derecho se organiza y rige por principios fundamentales como los de seguridad jurídica, legalidad, jerarquía normativa y otros. **El principio de legalidad, se caracteriza, por el sometimiento de los Poderes del Estado al orden constitucional y las leyes, es una manifestación del principio general del imperio de la ley, en virtud del cual todos o sea, gobernantes y gobernados están sujetos a la ley y solamente en función a ella, sus actuaciones adquieren legitimidad; consiguientemente, el principio de legalidad se constituye en el pilar fundamental del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica,** porque sustituye el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley, conforme ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0353/2007-R).*  
(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por su parte la Sentencia Constitucional 0483/2010-R de 5 de julio de 2010 menciona que:

*“El principio de legalidad, es cimiento de la seguridad jurídica, por ello su importancia. Debemos señalar que ambos, se encuentran inmersos en el contenido del art. 228 de la CPEabrg, que a la letra indica: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los Tribunales, Jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. Asimismo, su asidero constitucional en la Constitución Política del Estado vigente, se encuentra en el art. 410, refrendando la supremacía constitucional, como la cúspide del ordenamiento jurídico boliviano y la jerarquía normativa correspondiente, a la cual todos los órganos o Poderes del Estado deben someterse. En tal sentido, el*

*principio de legalidad, es la aplicación objetiva de la Ley, propiamente dicha, a los casos en que deba aplicarse. Evitando así una libre interpretación o aplicación caprichosa de la norma.”*

Por ello y como bien lo dice la entidad recurrente “*para que pueda exigirse la temporalidad del reemplazo o sustitución del capital por alguna de las tres alternativas o su combinación*”, es condición *sine quanon* “*que tal compromiso haya sido asumido por la Junta General Extraordinaria de Accionistas como dispone el numeral 2, Artículo 2, sección 3 del referido Reglamento...*” .

De la revisión detallada del Testimonio 2.668/2008 de Protocolización de Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco Nacional de Bolivia S.A. de 09 de diciembre de 2008, cursante a fs. 83 a 86 vlt. del expediente, se ha verificado que efectivamente, y conforme lo manifiesta la entidad recurrente, no existe compromiso asumido por la Junta General Extraordinaria de Accionistas como dispone el numeral 2, Artículo 2, Sección 3 del Reglamento de Obligaciones Subordinadas Computables como parte del Patrimonio Neto de las Entidades de Intermediación Financiera (Circular SB/579/08), porque este es un requisito que debe ser llenado al inicio de la relación contractual mediante la cual se adquiere la obligación subordinada y no, como en el caso presente, con el prepago del saldo insoluto que finaliza la relación contractual.

En este sentido la sanción de amonestación impuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera al Banco Nacional de Bolivia no corresponde, por cuanto al no haber estado determinada en la Resolución SB /Nº 0098/2008 de manera **previa y concreta** la temporalidad para el cumplimiento de la obligación, la desatención del reemplazo del capital prepago del PROFOP “**de manera inmediata**” no pudo haber vulnerado plazo alguno.

No obstante lo mencionado, debe quedar claro que la obligatoriedad del reemplazo del capital prepago, al estar previsto por la Resolución ASFI Nº 098/2008, normativa aplicable, es de cumplimiento inexcusable y obligatorio.

Asimismo y no menos trascendente es que no puede existir sanción alguna cuando la supuesta infracción cometida se basa en una normativa que no establece de manera clara y precisa la obligación del regulado, transgrediendo el principio de tipicidad, como una garantía en todo proceso administrativo.

Es más, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, advertido de la imprecisión de su normativa, emite la Resolución Administrativa ASFI Nº 399/2010 de 25 de mayo de 2010, donde recién determina el momento del prepago del capital, situación que a su vez debe considerarse.

Bajo la línea de razonamiento planteado, se establece que no existe respaldo legal para la imposición de la sanción de amonestación.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que la obligación del reemplazo del capital prepagado al estar previsto en la norma, no podría ser indefinido, ni el Ente Supervisor dejarlo al arbitrio del Supervisado.

**1.3.** La entidad recurrente también alega que: **“El Reglamento de Obligaciones Subordinadas como parte del Patrimonio Neto de los Bancos y Entidades Financieras, puesto en vigencia en el mes de diciembre de 1999 y vigente a la fecha de suscripción del contrato establecía, en cuanto al reemplazo de la deuda subordinada, que el acta de la junta de accionistas que aprueba la contratación de la obligación y sus condiciones debe contener la información que precise la forma en que la deuda será reemplazada por recursos patrimoniales propios DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO y los respectivos proyectos de contratos sin remitirse al referido Reglamento”.**

Para el análisis de este argumento se hace necesario dividir la obligación en dos diferentes momentos de tiempo, cada uno de los cuales posee hechos y obligaciones específicas, que se desarrollan en el siguiente cuadro:

**1er.Momento 2do.Momento**

<b>RESOLUCIÓN SB N° 112/1998</b>	<b>RESOLUCIÓN SB N°098/2008</b>
1) Suscripción de obligación subordinada BNB-NAFIBO (27.12.2001)	1) Adenda modificatoria para adecuación a la Resolución 098/2008 (27.12.2008)
2) No existía la figura de pagos anticipados o prepago	2) Se incorpora la figura de prepago
3) \$us. 11.250.000 pagados por BNB hasta antes del 30.12.2008	3) Prepago saldo monto adeudado \$us.6.750.000.— 30.12.2008
4) Reemplazo de montos amortizados mediante reinversión de utilidades <u>durante la vigencia del contrato</u>	4) Obligación de Reemplazo del monto cancelado por nuevos aportes de capital, reinversión de utilidades, otra deuda subordinada o la combinación de las tres.

Respecto al primer momento y debido a que el Banco efectuó amortizaciones de forma regular y programada, el reemplazo de montos amortizados fue realizado mediante la constitución de reservas voluntarias no distribuibles. En este contexto se evidencia que la entidad financiera dio cumplimiento con la reinversión de utilidades exigida por la norma vigente en ese momento y la reinversión permitió no afectar la situación patrimonial de la Entidad, producto de los sucesivos pagos programados y realizados **durante dicho período** a las obligaciones subordinadas contraídas.

Respecto al segundo momento, que se inicia a partir de la adecuación a la Resolución 098/2008, en el mes de diciembre del año 2008 y como **efecto** del prepago efectuado

que salda la obligación subordinada, la entidad financiera a efectos de dar cumplimiento a la normativa debió efectuar aportes de capital, reinversión de utilidades u otra deuda subordinada por el monto del pago anticipado de \$us. 6.750.000.-, esto con el objeto de no afectar la situación patrimonial independientemente de que la misma permita superar el Coeficiente Mínimo de Adecuación Patrimonial (CAP).

Conviene aclarar que la necesidad de no afectar negativamente la situación patrimonial responde única y exclusivamente a los fines propios de contratar una deuda subordinada, cuyo objeto es el fortalecimiento patrimonial de las entidades de intermediación financiera, tal cual lo establece el artículo 8 de la Ley N° 2196 de 4 de mayo de 2001, así como el Decreto Supremo 26204 al decir: “... **con el objeto de fortalecer patrimonialmente a las Entidades de Intermediación Financiera Bancarias y no Bancarias, mediante el otorgamiento por única vez de créditos subordinados por parte del Estado...**”

Respecto a la afirmación de que “*al día siguiente del prepago del crédito subordinado de Capitalización PROFOP, el Banco contaba con una reinversión de utilidades de Bs. 137.398.699, monto superior al crédito de \$us. 18.000.000...*”, el recurrente no toma en cuenta que la cifra referida es la acumulación de las utilidades no distribuidas durante el período de vigencia del crédito, hasta antes de la adecuación a la Resolución 098/2008 (1er Momento), y que los mismos respondían a la necesidad de no afectar la situación patrimonial del Banco producto de los sucesivos pagos programados y realizados desde el año 2001 hasta noviembre del 2008. Por tanto el mencionado monto de reinversión de utilidades no puede considerarse como cumplimiento de la normativa, ni correspondiente al prepago efectuado con posterioridad (2do. Momento), toda vez que los mismos ya habían cumplido la función y objeto de mantener la situación patrimonial en ascenso y/o como mínimo estable.

La determinación de la ASFI de regularizar formalmente la reposición del prepago efectuado de hecho, mediante la autorización expresa de la Junta de Accionistas del BNB, era un requisito formal inexcusable para dar pleno cumplimiento a la normativa vigente, aspecto desarrollado de manera más amplia en el punto 1.4 siguiente.

**1.4.** Finalmente la entidad alega “**...no entendemos que la ASFI haya nuevamente incluido el fundamento de que en la Junta Ordinaria de Accionistas de 12 de febrero de 2009 se habría producido el reemplazo exigido(..) sin que tal decisión haya sido expresada por parte de la Junta de Accionistas(..) por lo que dicho fundamento es inconsistente para fundar el fallo...**”

Evidentemente y como bien expresa la Entidad Financiera, el reemplazo del prepago fue realizado mediante la reserva voluntaria no distribuible constituida por la gestión 2008, regularizada en la Junta General Ordinaria de Accionistas de 10 de septiembre de 2009 que resolvió, en relación al punto 2 de la convocatoria, aclarar el destino de la constitución de las Reservas Voluntarias no distribuibles de Bs. 41.429.242.24 dispuesta

en la Junta General de Accionistas celebrada el 12 de febrero de 2009, verificándose inclusive en el Acta de dicha Junta General Ordinaria que el monto restante (\$us. 806.063.-) para cubrir el reemplazo total del prepago de \$us. 6.750.000.- fue repuesto con aportes de capital.

Por lo que a la fecha de emisión de la Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria el Banco Nacional de Bolivia S.A. había dado cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 2) de la parte resolutive de la Resolución Administrativa ASFI/100/2009 de 14 de agosto de 2009; dicho de otro modo, la entidad recurrente regularizó la formalización del reemplazo, exactamente a los 23 días de haber sido notificada con la Resolución Sancionatoria que determinó que el BNB debía proceder al reemplazo de capital por el prepago efectuado de \$us. 6.750.000.- del crédito subordinado PROFOP en el plazo de 60 días.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, en base a la compulsas realizadas en el considerando anterior, debe revocarse la sanción de amonestación impuesta al Banco Nacional de Bolivia S.A., toda vez que la Resolución SB N° 098/2008 no establece de manera expresa la temporalidad para el cumplimiento de la obligación de reposición de capital por prepago del crédito subordinado otorgado bajo el PROFOP.

Que, a pesar de que a la fecha de emisión de la presente Resolución Ministerial Jerárquica se ha evidenciado que la entidad financiera ha regularizado formalmente el reemplazo del capital por el prepago de \$us. 6.750.000.—, debe confirmarse el numeral 2 de la Resolución Administrativa ASFI N° 100 ( sin que esto signifique -como erradamente lo entendió el BNB- que deba efectuar un doble reemplazo del capital prepagado) toda vez que es necesario sentar el precedente de la obligación de cumplimiento irrestricto de la norma y en particular la reposición de los montos prepagados de los créditos subordinados, aún cuando en su momento la disposición normativa no haya establecido la temporalidad de su realización.

Que, de no haber dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el cumplimiento de dicha reposición, la entidad recurrente podría haber dilatado de manera indefinida la obligación impidiendo de esta forma cumplir con el objetivo y fin último de los préstamos subordinados, cual es el fortalecimiento patrimonial de las entidades que los adquieren.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad al artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada.



**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia,

**RESUELVE:**

**ARTICULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI/Nº 100/2009 de 14 de agosto de 2009, complementada por la Resolución ASFI Nº 145/2009 de 28 de agosto de 2009, ambas confirmadas por la Resolución Administrativa ASFI Nº 308/2010 de 21 de abril de 2010, dejando sin efecto el numeral 1 y 3 y manteniendo subsistente el numeral 2, por los fundamentos dados en la parte argumentativa de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



## **RECURRENTE**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**SPVS/IP N° 051 DE 15 DE ENERO DE 2008**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2010 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA TOTALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 023/2010**

La Paz, 23 de Septiembre de 2010

### **VISTOS:**

El Auto Constitucional 0233/2010-CA de 17 de mayo de 2010, el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 051 de 15 de enero de 2008; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 041/2010 de fecha 27 de agosto de 2010 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que del expediente ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 07 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 09 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en la materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, mediante Auto de 12 de julio de 2010 el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros acepta y aprueba la excusa presentada por la Abogada Ericka Balderrama Pérez, designando a la Abogada Patricia Mirabal Fanola para que asuma

las responsabilidades y obligaciones conferidas inherentes al cargo de Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos en la tramitación del Proceso Recursivo hasta su conclusión.

Que, mediante Auto de 16 de agosto de 2010 el Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, designando a la Dra. Julia Susana Ríos Laguna, Viceministra de Política Tributaria para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Guillén en la tramitación del Proceso Recursivo hasta su conclusión.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, mediante memorial presentado a la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) en fecha 06 de febrero de 2008, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, legalmente representada por su Gerente General Julio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder N° 563/2001, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 051 de 15 de enero de 2008, que determina la inexistencia de materia para resolver el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007.

Que, mediante Decreto de 13 de febrero de 2008, notificado en la misma fecha, la extinta Superintendencia General del SIREFI admitió el Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.

Que, mediante Memorial presentado el 02 de abril de 2008, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones presentó Recurso Incidental de Inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo N° 29400 de 27 de diciembre de 2007, que en su disposición final primera estableció que la comisión máxima que las AFPs podrán cobrar por el servicio prestado dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el período establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.

Que, mediante Auto de 11 de abril de 2008 la Ex Superintendencia General del SIREFI resolvió:

**“Primero.-** Rechazar la improcedencia de la tramitación del Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad presentado por la AFP Futuro de Bolivia S.A.

**Segundo.-** Elevar, en consulta el presente Auto al Tribunal Constitucional en el plazo de 24 horas”.

Que, mediante carta SIREFI-IRJ-173/2008 Exp. 8 de 17 de abril de 2008, recepcionado el 18 de abril de 2008, la Ex Superintendencia General del SIREFI en aplicación del artículo

62, numeral 1 de la Ley N° 1836 de 1° de abril de 1998, remitió el auto de 11 de abril de 2008 al Tribunal Constitucional de Bolivia.

Que, mediante Auto Constitucional 0233/2010-CA de 17 de mayo de 2010, el Tribunal Constitucional a través de la Comisión de Admisión, resuelve en consulta APROBAR la Resolución de 11 de abril de 2008, pronunciada por el Superintendente General a.i. del SIREFI; en consecuencia RECHAZA, el recurso indirecto o incidental de inconstitucional, formulado por Julio Vargas en representación de la AFP Futuro de Bolivia S.A.

Que, al haber rechazado el Tribunal Constitucional el Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad formulado por AFP Futuro de Bolivia S.A., el procedimiento recursivo fue radicado en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Auto de 13 de Julio de 2010, notificado al recurrente el 15 del mismo mes y año, con el objeto de sustanciar y resolver el Recurso Jerárquico.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/SPVS/IP N° 820 DE 10 DE OCTUBRE DE 2007.-**

Mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, notificada en la misma fecha, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, resolvió:

*“**ARTICULO 1º.-** Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el período establecido por el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero puntoochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.*

***ARTICULO 2º.-**La comisión establecida en el artículo presente tendrá una vigencia de veinticuatro (24) meses aplicable a partir del 1º de noviembre de 2006.*

***ARTICULO 3º.-** Se autoriza a la AFP a debitar de la Cuenta de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales el monto por concepto de comisión, establecido en el artículo 1º precedente, de todas aquellas primas pagadas y debidamente acreditadas correspondientes al mes de noviembre de 2006 hasta la fecha.*

*A partir del mes de octubre de 2007, la AFP deberá debitar el monto de comisión, en forma mensual, de todas aquellas primas debidamente acreditadas.*

***ARTÍCULO 4º.-** En un plazo no menor a treinta (30) días hábiles administrativos previos al vencimiento de vigencia de la comisión señalada en el artículo*

anterior, las AFP en forma separada o conjunta deberán presentar sus estudios de costo, en base a los cuales la comisión podrá ser modificada.

Si vencido el plazo, las AFP no presentaran estudios de costo para la consideración de modificación del monto de comisión, éste será mantenido por una nueva gestión, y así sucesivamente.

**ARTICULO 5º.-** La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total y una vez que el Contrato con las Entidades Aseguradoras entre en vigencia".

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 29 de octubre de 2007, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, bajo los siguientes fundamentos:

### **"II.FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

1. En la primera Licitación de los Seguros Previsionales (Seguro de Riesgo Común y Seguro de Riesgo Profesional/Laboral) celebrada el año 2001, se emitió la Resolución Administrativa de la SPVS N° 036 de fecha 02 de febrero de 2001, que aprobó un límite máximo para la comisión de los servicios prestados por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a las Entidades Aseguradoras, que no debía exceder del quince por ciento (15%), de la prima de los seguros colectivos del SSO. No obstante, en el contrato suscrito entre la AFP y las Entidades Aseguradoras, se acordó el pago de la comisión del once por ciento (11%) sobre las primas de los seguros, comisión que fue un 27% menor al límite establecido por la SPVS en consideración a las condiciones y coyuntura vigentes en esos momentos, es decir a las incipientes exigencias de servicios por parte de los asegurados, a las menores inversiones en tecnología y recursos humanos y a la menor complejidad del negocio en sí, en ese entonces. El cobro de la mencionada comisión del 11%, se constituye en un precedente jurídico que ha tenido vigencia y plena aceptación por parte del ente regulador y del Estado Boliviano, por más de cinco años.

2. Como efecto de haber declarado desierta la segunda licitación de los Seguros Previsionales, el Gobierno de Bolivia emitió el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, disponiendo un período temporal de administración de las prestaciones de los Seguros Previsionales a cargo de las AFP a partir del 1° de noviembre de 2006, y cuya duración deberá ser determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en función de una nueva convocatoria a licitación que adjudique la administración de tales seguros a las aseguradoras legalmente establecidas en el país. El citado Decreto Supremo no hace referencia al derecho al cobro de comisiones que tienen las AFP por la administración temporal de los Seguros Previsionales, según lo establecido por el artículo 53 de la Ley de Pensiones (Ley N° 1732), más

aún cuando el retorno a un período de administración temporal impone que las AFP continúen manteniendo los costos relacionados a la administración de los Seguros Previsionales y las obliga a que asuman las nuevas responsabilidades que se les asigna en el citado Decreto. Como se puede fácilmente inferir, de tal situación surgen nuevos costos adicionales para retomar la administración temporal de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral.

3. No es admisible que ahora, en un contexto de mayor responsabilidad y carga de trabajo e inversión por nuestra parte, la SPVS, bajo una interpretación errónea de la norma, sobre la base de un informe técnico contradictorio y desconociendo el precedente de los contratos de adjudicación y prestación de servicios, equivocadamente disponga que la comisión de las AFP baje de un porcentaje del 11% al 0.85% (disminución que representaría una reducción del 92.3% respecto al nivel de la comisión cobrada en el anterior período de licitación de los Seguros Previsionales), sin considerar que las AFP están encargadas de realizar todo el procedimiento de la administración de los Seguros Previsionales. El nuevo nivel de ingresos que pretende ser impuesto a las AFP por la SPVS, no guarda relación, con los costos totales referidos a la administración de los Seguros Previsionales, es decir la justa contraprestación por idénticos servicios otorgados en período anterior, mismos que no pueden ser vulnerados por la Resolución Administrativa objeto del presente recurso de revocatoria.

4. La Ley N° 1732 (Ley de Pensiones) en su artículo 32 dispone claramente que los servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) serán remunerados por las siguientes comisiones o primas, según corresponda:

a) El servicio de administración de portafolio será remunerado mediante una comisión descontable de los fondos de pensiones administrados.

b) El servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones será remunerado mediante una comisión, descontable del Total Ganado o del Ingreso Cotizable del Afiliado a tiempo de efectuar la cotización.

c) El servicio de pago de Pensiones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el servicio de administración y pago de los beneficios de la capitalización, serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos.

Asimismo, el artículo 53 de la Ley de Pensiones (Ley N° 1732), determina que durante el período transitorio de administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional, las AFP tendrán derecho a deducir de las cuentas colectivas de siniestralidad (Riesgo Común y Riesgo Profesional) la Comisión establecida por licitación para los servicios descritos en el inciso b) del artículo 32 de la Ley de Pensiones.

5. Es indispensable que la SPVS considere que los derechos están siempre relacionados con obligaciones que asumen las AFP, por tanto y en este caso en particular, el derecho de las AFP está señalado por el Art. 53 de la Ley de Pensiones (Ley 1732) que en su primer párrafo, a la letra dice: "ADMINISTRACIÓN DE RIESGO COMÚN Y DE RIESGO PROFESIONAL POR LAS ADMINISTRADORAS DE



FONDOS DE PENSIONES (AFP)". Transitoriamente y hasta la fecha determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de acuerdo al artículo 38 de la presente ley, las primas para el financiamiento de las prestaciones por riesgo común formarán parte de una cuenta colectiva de siniestralidad para cubrir las prestaciones de invalidez y muerte por riesgo común. Durante el mismo período, las primas para el financiamiento de las prestaciones por riesgo profesional formarán parte de una cuenta colectiva de riesgo profesional para cubrir las prestaciones de invalidez y muerte causadas por riesgo profesional. Dichas cuentas serán administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) como parte del fondo de capitalización individual. Durante el período de transición mencionado, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) tendrán derecho a deducir de las cuentas colectivas especificadas la Comisión establecida por licitación para los servicios descritos en el inciso b) del artículo 32 de la presente ley". Es decir que la SPVS solo reconoce las obligaciones de las AFP, prevista tanto en la Ley de Pensiones como en los decretos reglamentarios y no así sus derechos según están descritos en el antes mencionado artículo 53 de la Ley de Pensiones.

6. La SPVS en la Resolución objeto del Recurso, no se sujeta al marco legal de la Ley de Pensiones y menos actúa con ecuanimidad ni justicia al determinar una ínfima comisión del 0.85%, pretendiendo olvidar que las AFP asumen, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 28926, no solamente la responsabilidad en el pago de las prestaciones previsionales, sino todo lo referente a la administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral. Es asimismo contradictoria la Resolución Administrativa N° 820/2007, cuando la propia SPVS reconoce '...Que, para la determinación de la comisión a cobrarse se deben establecer, cuales son las actividades propias de la AFP, por las que asume plena responsabilidad, las que fueron conferidas a las Entidades Aseguradoras y por efecto del Decreto Supremo N° 28926 son ahora de responsabilidad de las AFP'.

Es decir, que reconoce mediante ésta RA que se han asignado nuevas responsabilidades a las AFP por las que deberán recibir una contraprestación a través del pago de una comisión. La SPVS, continua señalando en la Resolución objeto del presente recurso, como fundamento para aprobar una comisión del 0.85%: '...Que conforme el citado artículo 37 de la Ley de Pensiones, las Entidades Aseguradoras, son responsables por el pago de las prestaciones. Esta responsabilidad y administración de pago de prestaciones han sido transferidas a las AFP conforme establece el Decreto Supremo N° 28926'. En virtud del citado Decreto Supremo y para dar cumplimiento al mismo, las AFP además de continuar con los mismos costos operativos relacionados a los Seguros Previsionales antes financiados con la comisión cobrada a las Entidades Aseguradoras, nos hemos visto obligadas a mantener los costos operativos anteriores y, adicionalmente, a adecuar nuestras organizaciones instalando soluciones informáticas, contratando personal especializado, ampliando nuestra infraestructura, adquiriendo los insumos necesarios y otros que son inherentes a la administración misma de los Seguros Previsionales, ahora y temporalmente a

nuestro cargo, hasta tanto no se convoque y adjudique una próxima licitación pública, en beneficio de las entidades aseguradoras legalmente establecidas en el país.

7. Conforme a los considerandos de la Resolución objeto de recurso, se establece claramente que debe determinarse el monto de comisión que las AFP deben cobrar en este período de transición. Sin embargo, dicha Resolución Administrativa enmarca esta comisión sola y maliciosamente en el Art. 32 inciso c) de la Ley de Pensiones, la misma que únicamente hace referencia al pago de comisión por el servicio de **pago de pensiones** del Seguro Social Obligatorio y no así a la comisión por la **Administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral**, única autorizada por la Ley de Pensiones para que sea descontada de las Cuentas Colectivas de Siniestralidad y Cuentas Colectivas de Riesgo Profesionales, es decir, sea fijada como un porcentaje de la prima que componen las cuentas señaladas anteriormente. En consecuencia, la SPVS, emite una Resolución cuyo basamento legal no hace referencia al Art. 53 de la Ley de Pensiones, el mismo que aprueba el cobro de una comisión sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, es decir, a ser deducidas de las Cuentas Colectivas de Siniestralidad y Cuentas Colectivas de Riesgo Profesionales, dispuestas únicamente por el Art. 53 de la Ley de Pensiones.

8. La SPVS, en la Resolución Administrativa SPVS/IP/ N° 820 de 10 de octubre de 2007 hace referencia al Informe Técnico SPVS//IP/DCF/084/2007 de 19 de septiembre de 2007, señalando que éste determina el monto de comisión que podrían cobrar las AFP y que sirve de base para establecer el 0.85% sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Sin embargo, al revisar dicho informe se observa que tiene como objetivo, 'estimar cuanto representan los gastos de administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral sobre las recaudaciones por primas del SSO' utilizando, sesgadamente solo los costos marginales remitidos por BBVA Previsión AFP S.A. y no la totalidad de los costos relacionados con la Administración de los Seguros Previsionales. Es observable y contradictorio que la SPVS no reconozca que las AFP tienen derecho a una comisión por administración de los Seguros Previsionales, argumentando que ya existe un pago de una comisión por administración de las prestaciones (expresado mediante nota de la Superintendencia con CITE:SPVS N° 627/2007 de 26 de junio de 2007), aspectos que nada tienen que ver entre sí y que sin embargo, utilice un Informe Técnico cuyo objetivo y elementos de análisis están relacionados con los gastos de administración de los Seguros Previsionales y no así los costos por el servicio de pago de pensiones del SSO. El citado informe reconoce, que el concepto del pago de la comisión cuestionada debería referirse a la administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral tal como lo dispone el Art. 53 de la Ley de Pensiones e incluya, no solamente los costos marginales a los que la SPVS hace referencia fuera de contexto, sino la totalidad de los costos

relacionados a la administración de los Seguros Previsionales y que es ciertamente diferente a la administración de las prestaciones del SSO.

9. La SPVS reconoce que las AFP tienen el derecho al cobro de una comisión por concepto de pago de beneficios del SSO, monto que debería ser fijado en relación al pago de las pensiones de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral y no como porcentaje de las primas de dichos seguros. En este sentido, dicha comisión debería ser descontada directamente de las pensiones de los asegurados siniestrados y debería estar relacionada con los costos del pago de dichas pensiones que resultarían ser absolutamente marginales e insuficientes para financiar los actuales costos operativos de la administración de los Seguros Previsionales y que debieran ser financiados tal como lo establece el Art. 53 de la Ley de Pensiones, que hace referencia al inciso b) del Art. 32 de la citada Ley.

Sin embargo y a pesar de lo mencionado, la SPVS pretende no reconocer la vigencia del Art. 53 de la Ley de Pensiones, para este período transitorio de administración de los Seguros Previsionales.

10. Por otra parte, la SPVS, curiosamente, tampoco toma en cuenta lo establecido por el artículo 144 del Decreto Supremo N° 24469 (Reglamento a la Ley de Pensiones) que establece: 'En el caso del cobro de las Comisiones a los Fondos y a las cuentas de Mensualidades Vitalicias Variables, Cuentas Colectivas de Siniestralidad y Cuentas Colectivas de Riesgos Profesionales, cuando corresponda por parte de las AFP, las respectivas facturas se emitirán a nombre del Tesoro General de la Nación. Dichas facturas no generarán crédito fiscal a nombre del TGN ni de terceras personas'. Esta normativa es aprobada en el marco de la vigencia del artículo 53 de la Ley de Pensiones para un período de administración temporal de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, no siendo dable que quede asimismo sin efecto, en el erróneo supuesto de seguir el razonamiento de la SPVS, que ignora a(sic) el mencionado artículo de la Ley de Pensiones.

## **II.PETITORIO**

En consecuencia y en base a los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente y considerando que la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 820/2007, afecta nuestros derechos, vulnera expresamente la Ley de Pensiones, pone en peligro importantes fuentes de trabajo y propicia un deterioro en la calidad de los servicios, mediante el presente Recurso de Revocatoria de conformidad a lo dispuesto por el artículo 46 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, solicitamos la REVOCATORIA DE LA REFERIDA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP/N° 820/2007 y la reposición de la comisión que permita la viabilidad de la prestación de los servicios por parte de las AFP, mediante la resolución pertinente, en el marco de la normativa aplicable (...)"

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP/Nº 051 DE 15 DE ENERO DE 2008.-**

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 051 de 15 de enero de 2008, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió desestimar el Recurso de Revocatoria al haberse emitido el Decreto Supremo Nº 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007, que establece el porcentaje de la comisión máxima asignada a las AFP, basándose en los siguientes fundamentos:

#### **"CONSIDERANDO:**

*Que, mediante memorial presentado en fecha 29 de octubre de 2007, Futuro de Bolivia S.A. AFP, interpuso el Recurso de Revocatoria contra la R.A. 820/2007, exponiendo su pretensión de revocatoria de la resolución y la reposición de la comisión que permita la viabilidad de la prestación de los servicios por parte de la AFP.*

*Que, mediante memorial presentado en fecha 31 de octubre de 2007, BBVA Previsión AFP S.A. interpuso el Recurso de Revocatoria contra la R.A. 820/2007, sustentando su pretensión de revocatoria de la resolución, solicitando la reposición de una comisión justa y competitiva que compense y justifique la prestación de todos los servicios.*

*Que, ante la interposición de los Recursos de Revocatoria por ambas AFP, la SPVS resuelve emitir el Auto de 5 de noviembre de 2007, mediante el cual se determina abrir término probatorio de cinco (5) días hábiles administrativos a fin de (que) las AFP expliquen y proporcionen documentos sobre aspectos mencionados en sus recursos. Asimismo se dispone que una vez presentada la información requerida y en (un) plazo no mayor a cinco días hábiles administrativos, la SPVS notifique con los memoriales de recurso y los memoriales de aportación de prueba para que las AFP formulen sus alegatos en el plazo de diez días.*

*Que, la AFP(sic) Futuro de Bolivia S.A. AFP, en fecha 19 de noviembre presenta memorial en cumplimiento al Auto de 5 de noviembre de 2007.*

*Que, en fecha 19 de noviembre de 2007, BBVA Previsión AFP S.A., presenta memorial en cumplimiento del Auto de 5 de noviembre de 2007.*

*Que, la SPVS emite el Auto de 20 de noviembre de 2007, en atención a dar cumplimiento a lo resuelto en el Artículo Segundo del Auto de 5 de noviembre de 2007, que ha dispuesto la notificación a Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., con los memoriales de Recurso de Revocatoria presentados y los memoriales aportando prueba, para que cada entidad en el plazo fatal e improrrogable de diez (10) días hábiles administrativos de su notificación formulen sus alegatos.*

Que, mediante memorial presentado en fecha 6 de diciembre de 2007, Futuro de Bolivia S.A. AFP, en cumplimiento al Auto de 20 de noviembre de 2007, presenta sus alegatos.

Que, mediante memorial presentado en fecha 7 de diciembre de 2007, BBVA Previsión AFP S.A., en cumplimiento al Auto de 20 de noviembre de 2007, presenta sus alegatos.

### **CONSIDERANDO:**

Que, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) es el órgano regulatorio encargado de cumplir y hacer cumplir las normas que se emitan en los mercados financieros que regulan, entre los cuales se encuentra el Mercado o Sistema de Pensiones.

Que, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 820 de 10 de octubre de 2007, emitida por el regulador establece la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro del período establecido por el Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.

Que, en el mismo sentido en forma posterior a la emisión de la R.A. 820/2007, el Poder Ejecutivo ha emitido el Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, con relación a la comisión de las Administradoras de Fondos de Pensiones, disponiendo lo siguiente: '**DISPOSICION FINAL PRIMERA.- (COMISIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES).**- La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que prestan dentro de los alcances del Decreto Supremo Nº 28296 de 15 de noviembre de 2006 y durante el período establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas'.

Que, debe considerarse que el actual Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, por las características inherentes a su naturaleza jurídica goza de supremacía legal frente a otras de menor jerarquía así como de la presunción de constitucionalidad, por lo tanto mantiene su vigencia, aplicación y plena validez, salvo disposición contraria mediante normativa legal de igual o mayor jerarquía.

Que, de acuerdo a las consideraciones anteriormente señaladas, se concluye que en lo referente al pago de la comisión máxima por el servicio que prestan las AFP, este aspecto fue resuelto mediante la Disposición Final Primera

correspondiente al Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007; lo que ha generado que la SPVS pierda competencia al existir una disposición legal de mayor jerarquía a las que emite la SPVS.

Que, de acuerdo con la naturaleza de la SPVS, cabe precisar que las decisiones asumidas por la SPVS a pesar de contar con autonomía técnica-administrativa, en ningún momento pueden ir más allá de lo que dispongan o decidan las entidades superiores o en su caso contravenir a una norma superior(...)"

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Por memorial presentado el 06 de febrero de 2008, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 051 de 15 de enero de 2008, notificada el 22 de enero de 2008, en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

##### **"II. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO**

**1.** Consideramos que se debe tomar en cuenta que la publicación del Decreto Supremo N° 29400 fue realizada en fecha 27 de diciembre de 2007, por lo que su aplicación es a partir dicha fecha no teniendo carácter retroactivo, contando de esta forma con un período desde el 15 de noviembre de 2006 al 27 de diciembre de 2007, donde se pretende aplicar la Resolución 820 de 10 de octubre de 2007, determinando una comisión del 0.85%, situación que por los fundamentos siguientes no debería aplicarse y consideramos que la comisión debe ser del 11%.

En consecuencia, la SPVS debió haber resuelto el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución 820, siendo que la misma se estaría aplicando para el período desde noviembre-2006 a diciembre-2007.

1.1. En la primera Licitación de los Seguros Previsionales (Seguro de Riesgo Común y Seguro de Riesgo Profesional/Laboral) celebrada el año 2001, se emitió la Resolución Administrativa de la SPVS N° 036 de fecha 02 de febrero de 2001, aprobando un techo para la comisión de los servicios prestados por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a las Entidades Aseguradoras, estableciendo una comisión no superior al quince por ciento (15%) de la prima de los seguros colectivos del SSO. Sin embargo, en el contrato suscrito entre las AFP's y las entidades aseguradoras, se acordó el pago de la comisión del once por ciento (11%) sobre las primas de los seguros; comisión que fue un 27% inferior al límite establecido por la SPVS, en consideración a las condiciones y coyuntura vigentes en esos momentos, es decir a las incipientes exigencias de servicios por parte de los asegurados, en ese entonces, en adición, a las menores exigencias de retorno sobre las inversiones que primaban en(sic) con relación al riesgo país. El cobro de la mencionada comisión del 11%, implica un precedente

*jurídico que ha tenido vigencia y plena aceptación por parte del ente regulador y del Estado Boliviano, por más de cinco años.*

*1.2. Como efecto de haber declarado desierta la segunda licitación de los Seguros Previsionales, el Gobierno de Bolivia emitió el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, disponiendo un período temporal de administración de las prestaciones de los Seguros Previsionales a cargo de las AFP a partir del 1 de noviembre de 2006, y cuya duración deberá ser determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. El citado Decreto Supremo no hace referencia al derecho al cobro de comisiones que tendrían las AFP por la administración temporal de los Seguros Previsionales, según lo establecido por el artículo 53 de la Ley de Pensiones (Ley N° 1732), más aún cuando el retorno a un período de administración temporal tiene como consecuencia la desaparición de las comisiones que cobraban las AFP por los servicios prestados a las Entidades Aseguradoras, mientras que las AFP continúan manteniendo los costos relacionados a los Seguros Previsionales y por las nuevas responsabilidades asignadas en el citado Decreto, surgen nuevos costos adicionales para retomar la administración temporal de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral.*

*1.3. No es admisible que ahora, en un contexto en el que el riesgo país se ha incrementado y la desaparición de la anterior fuente de financiamiento resultante de la imposición de un segundo excepcional período transitorio, la SPVS, bajo una interpretación errónea de la norma, sobre la base de un informe técnico contradictorio, y desconociendo el precedente de los contratos de adjudicación y prestación de servicios, equivocadamente dispone que la comisión de las AFP baje de un porcentaje del 11% al 0.85% (disminución que representaría una reducción del 92.3% respecto al nivel de la comisión cobrada en el anterior período de licitación de los Seguros Previsionales), sin considerar que las AFP están encargadas de realizar todo el procedimiento de la administración de los Seguros Previsionales. El nuevo nivel de ingresos que pretende ser impuesto a las AFP por la SPVS, no guarda relación, con los costos totales referidos a la administración de los Seguros Previsionales, es decir la justa contraprestación por idénticos servicios otorgados en período anterior, mismos que no pueden ser vulnerados por la Resolución Administrativa objeto del presente recurso de revocatoria(sic).*

*1.4. La Ley N° 1732 (Ley de Pensiones) en su artículo 32 dispone claramente que los servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) serán remunerados por las siguientes comisiones o primas, según corresponda:*

- a) El servicio de administración de portafolio será remunerado mediante una comisión descontable de los fondos de pensiones administrados.*
- b) El servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones será remunerado mediante una comisión, descontable del Total Ganado o del Ingreso Cotizable del Afiliado a tiempo de efectuar la cotización.*

c) El servicio de pago de Pensiones del seguro social obligatorio de largo plazo y el servicio de administración y pago de los beneficios de la capitalización, serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos.

Asimismo, el Artículo 53 de la Ley de Pensiones Ley N° 1732, determina que durante el período transitorio de administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional, las AFP tendrán derecho a deducir de las cuentas colectivas de siniestralidad (Riesgo Común y Riesgo Profesional) la comisión establecida por licitación para los servicios descritos en el inciso b) del artículo 32 de la Ley de Pensiones.

1.5. Es indispensable que la SPVS considere que los derechos siempre están relacionados con las obligaciones que los corresponden, en este caso, el derecho de las AFP está señalado por el Art. 53 de la Ley de Pensiones (Ley 1732) que en su primer párrafo, a la letra dice: 'ADMINISTRACIÓN DE RIESGO COMÚN Y DE RIESGO PROFESIONAL POR LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP)', Transitoriamente y hasta la fecha determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de acuerdo al artículo 38 de la presente ley, las primas para el financiamiento de las prestaciones por riesgo común formarán parte de una cuenta colectiva de siniestralidad para cubrir las prestaciones de invalidez y muerte por riesgo común. Durante el mismo período, las primas para el financiamiento de las prestaciones por riesgo profesional formarán parte de una cuenta colectiva de riesgo profesional para cubrir las prestaciones de invalidez y muerte causadas por riesgo profesional. Dichas cuentas serán administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) como parte del fondo de capitalización individual. Durante el período de transición mencionado, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) tendrán derecho a deducir de las cuentas colectivas especificadas la **Comisión** establecida por licitación para los servicios descritos en el inciso b) del artículo 32 de la presente ley'. Es decir que la SPVS sólo reconoce las obligaciones de las AFP, previstas tanto en la Ley de Pensiones como en los decretos reglamentarios y no así los derechos descritos en el antes mencionado artículo 53 de la Ley de Pensiones.

1.6. La SPVS en la Resolución objeto del Recurso, no se sujeta al marco legal de la Ley de Pensiones y menos actúa con ecuanimidad ni justicia al determinar una ínfima comisión del 0.85%, más aún cuando las AFP asumen, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 28926, no solamente la responsabilidad en el pago de las prestaciones previsionales, sino todo lo referente a la administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral. Es asimismo contradictoria la Resolución Administrativa N° 820/2007, cuando la propia SPVS reconoce '...Que, para la determinación de la comisión a cobrarse se deben establecer, cuáles son las actividades propias de la AFP, por la que asume plena responsabilidad, las que fueron conferidas a las Entidades Aseguradoras y por efecto del Decreto Supremo N° 28926 son ahora de responsabilidad de las AFP'. Es decir, que reconoce mediante ésta RA que se



han asignado nuevas responsabilidades a las AFP para que reciban una contraprestación a través del pago de una comisión. La SPVS, continua señalando en la Resolución objeto del presente recurso, como fundamento para aprobar una comisión del 0.85%: ‘...Que, conforme el citado artículo 37 de la Ley de Pensiones, las Entidades Aseguradoras, son responsables por el pago de las prestaciones. Esta responsabilidad y administración de pago de prestaciones han sido transferidas a las AFP conforme establece el Decreto Supremo N° 28926’. En virtud del citado Decreto Supremo y para dar cumplimiento al mismo, las AFP además de continuar con los mismos costos operativos relacionados a los Seguros Previsionales antes financiados con la comisión cobrada a las Entidades Aseguradoras, nos hemos visto obligados además de continuar con los costos operativos anteriores a adecuar nuestras organizaciones instalando soluciones informáticas, contratando personal especializado, ampliando nuestra infraestructura, adquiriendo los insumos necesarios y otros que son inherentes a la administración misma de los Seguros Previsionales, ahora y temporalmente a nuestro cargo, hasta tanto no se convoque y adjudique una próxima licitación pública, en las que se adjudique a entidades aseguradoras legalmente establecidas en el país.

1.7. Conforme a los considerandos de la Resolución objeto de recurso, se establece claramente que debe determinarse el monto de comisión que las AFP deben cobrar en este período de transición. Sin embargo, dicha disposición enmarca esta comisión en el Art. 32 inciso c) de la Ley de Pensiones, la misma que únicamente hace referencia al pago de comisión por el servicio de pago de **pensiones** del Seguro Social Obligatorio y no a la comisión por la Administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral que es la única autorizada por la Ley de Pensiones para descontarse de las Cuentas Colectivas de Siniestralidad y Cuentas Colectivas de Riesgo Profesionales, es decir, sea fijada como un porcentaje de la prima que componen las cuentas señaladas anteriormente. En consecuencia, la SPVS, emite una Resolución cuyo basamento legal solo podría estar sujeto al Art. 53 de la Ley de Pensiones, el mismo que aprueba el cobro de una comisión sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, es decir, a ser deducidas de las Cuentas Colectivas de Siniestralidad y Cuentas Colectivas de Riesgo Profesionales, dispuestas únicamente por el Art. 53 de la Ley de Pensiones.

1.8. La SPVS, en la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 820 de 10 de octubre de 2007 hace referencia al Informe Técnico SPVS/IP/DCF/084/2007 de 19 de septiembre de 2007, señalando que éste determina el monto de comisión que podrían cobrar las AFP y que sirve de base para la(sic) establecer el 0.85% sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Sin embargo, al revisar el informe se observa que tiene como objetivo, ‘estimar cuánto representan los gastos de administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral sobre las recaudaciones por primas del SSO’, utilizando los costos marginales remitidos por BBVA Previsión AFP S.A. y no la totalidad de los costos relacionados con la Administración de los Seguros Previsionales. Es

observable y contradictorio que la SPVS no reconozca que las AFP tienen derecho a una comisión por administración de los Seguros Previsionales, argumentando que ya existe un pago de una comisión por la administración de las prestaciones (expresado mediante nota de la Superintendencia con CITE: SPVS N° 627/2007 de 26 de junio de 2007), y que sin embargo, utilice un Informe Técnico cuyo objetivo y elementos de análisis están relacionados con los gastos de administración de los Seguros Previsionales y no así los costos por servicio de pago de pensiones del SSO, reconociendo a través del mismo que el concepto del pago de la comisión cuestionada debería referirse a la administración de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral tal como lo dispone el Art. 53 de la Ley de Pensiones e incluya no únicamente los costos marginales, sino la totalidad de los costos relacionados a la administración de los Seguros Previsionales que es ciertamente diferente a la administración de las prestaciones del SSO.

1.9. La SPVS reconoce que las AFP tienen el derecho al cobro de una comisión por concepto de pago de beneficios del SSO, monto que debería ser fijado en relación al pago de las pensiones de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral y no como porcentaje de las primas de dichos seguros. En este sentido, dicha comisión debería ser descontada directamente de las pensiones de los asegurados siniestrados y debería estar relacionado con los costos de pago de dichas pensiones que resultarían ser absolutamente marginales e insuficientes para financiar los actuales costos operativos de la administración de los Seguros Previsionales que debieran ser financiados tal como lo establece el Art. 53 de la Ley de Pensiones que hace referencia al inciso b) del Art. 32 de la citada Ley, considerando la totalidad de los costos relacionados a la administración temporal de los Seguros Previsionales.

1.10. La SPVS pretende no reconocer la vigencia del Art. 53 de la Ley de Pensiones, para este excepcional período transitorio de administración de los Seguros Previsionales, lo que implica que exista un vacío legal respecto a lo dispuesto en el tercer párrafo del citado Artículo '...Los saldos negativos de las cuentas especificadas serán cubiertos temporalmente con recursos del fondo de capitalización individual con cargo a primas a ser cobradas en el futuro'. De tal forma, que ante la falta de aplicación del Art. 53 de la Ley de Pensiones y la eventual presentación de una sobresiniestralidad en los Seguros Previsionales, no podría utilizar la prevención establecida en el tercer párrafo del Artículo antes citado, generando el riesgo de no contar con los recursos suficientes para otorgar dichas prestaciones.

1.11. Adicionalmente, la SPVS curiosamente no toma en cuenta lo establecido por el artículo 144 del Decreto Supremo N° 24469 (Reglamento a la Ley de Pensiones), que establece: 'En el caso del cobro de las Comisiones a los Fondos y a las Cuentas de Mensualidades Vitalicias Variables, Cuentas Colectivas de Siniestralidad y Cuentas Colectivas de Riesgos Profesionales, cuando corresponda por parte de las AFP, las respectivas facturas se emitirán a nombre del Tesoro General de la Nación. Dichas facturas no generarán crédito fiscal a

*nombre del TGN ni de terceras personas'. Esta normativa es aprobada en el marco de la vigencia del artículo 53 de la Ley de Pensiones para un período de administración temporal de los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral.*

### **III. PETITORIO.**

*Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente y considerando que la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 051, afecta nuestros intereses legales, solicitamos a su autoridad remitir el presente recurso a la Superintendencia General del SIREFI, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa SPVS IP N° 051, que pretende ampararse en el Decreto Supremo N° 29400, para permitir el cobro de una comisión mínima en un período anterior a su publicación(...)"*

### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Con respecto al argumento invocado por el recurrente, en sentido de que "...la SPVS, bajo una interpretación errónea de la norma, sobre la base de un informe técnico contradictorio y desconociendo el precedente de los contratos de adjudicación y prestación de servicios, equivocadamente dispone que la comisión de las AFP's baje el porcentaje de 11% a 0.85%", es necesario dejar claramente establecido que los montos de porcentajes se dan en dos momentos de tiempo diferentes:

El primero que emerge de la relación contractual entre las AFP's y las Entidades Aseguradoras, cuya vigencia fue de 5 años (Febrero 2001 a Noviembre 2006) estableciendo un pago del 11% de comisión por los servicios prestados por las AFP a las Compañías de Seguros; por lo que dicho contrato al haberse cumplido a cabalidad no se encuentra en discusión.

El segundo momento surge de la promulgación del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, cuyo objeto radica en disponer que las AFP's administren de manera transitoria las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral

desde el 1° de noviembre de 2006 hasta que el ente de regulación sectorial lo determine, previa licitación conforme a la normativa vigente.

Es por ello que, tratándose de dos momentos diferentes no es posible considerar que la comisión de 11% que tuvo plena vigencia en un período anterior pueda ser considerada como un precedente que deba ser aceptado y aplicado de manera inexorable por el ente regulador.

Asimismo y, toda vez que ni la Ley de Pensiones, ni su Decreto Reglamentario, ni aún el Contrato de Prestación de Servicios determina una comisión fija por la administración de los seguros previsionales, la alícuota determinada inicialmente por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa N° 820/2007 al ser de orden técnico impide que esta instancia jerárquica, de puro derecho, pueda pronunciarse respecto su razonabilidad.

Finalmente, la promulgación del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, por las características inherentes a su naturaleza jurídica goza de supremacía legal frente a otras de menor jerarquía, así como de presunción de constitucionalidad, por lo que al determinar en su Disposición Final Primera "*...que la comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que prestan dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el período establecido en el mismo será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas*" cierra toda discusión al respecto.

De lo precedentemente expuesto se deduce que, el pago de la comisión máxima a las AFP's por la total administración de las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional /Laboral y durante el período determinado por el artículo 1 del Decreto Supremo 28926, (1° de noviembre de 2006 hasta la finalización del periodo transitorio) fue resuelto por la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, lo que generó que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros pierda competencia por haberse promulgado una disposición legal de mayor jerarquía a la Resolución Administrativa N° 820/2007 de 10 de octubre de 2007.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 43 inciso a) del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá Confirmar Totalmente la Resolución Impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 051 de 15 de enero de 2008 que resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007.

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



## **RECURRENTE**

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ Y HP BROKERS CORREDORES Y  
ASESORES DE SEGUROS S.R.L.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 397/2009 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2009**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2010 DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2010**

## **FALLO**

**ANULA**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 024/2010**

La Paz, 29 de septiembre de 2010

### **VISTOS:**

**Los Recursos Jerárquicos interpuestos por LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ y por HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.;** la Resolución Administrativa ASFI N° 397/2009 de 17 de noviembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de 11 de agosto de 2009, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico Legal presentado por el Abogado externo Rigoberto Paredes Llanos; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las competencias conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.



## **CONSIDERANDO:**

Que, por memoriales presentados el 04 y 08 de diciembre de 2009 **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ y HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.**, representada legalmente por su Gerente General Hernán F. Osuna Arano, según consta del Testimonio de Poder N° 122/2005 de 14 de febrero de 2005 otorgado por ante la Notaría de Fe Pública N° 18 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Ruth Fair Rivero Toledo, interpusieron Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa ASFI N° 397 de fecha 17 de noviembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de fecha 11 de agosto de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-65528/2009 de 9 de diciembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió, en la misma fecha al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, los Recursos Jerárquicos y los antecedentes que sustentan el Procedimiento Administrativo, Recursos que fueron admitidos y acumulados a través de Auto de 14 de diciembre de 2009.

Que, mediante Auto de 6 de enero de 2010 el Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing, Mario Guillén Suárez, designando al Lic. Roberto Ugarte, Viceministro de Política Tributaria para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Guillen en la tramitación del Proceso Recursivo hasta su conclusión.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 022 de 04 de febrero de 2010, publicada en el Matutino La Razón el 12 de febrero del mismo año, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas delega a la Viceministra de Política Tributaria, Dra. Julia Susana Ríos Laguna, la emisión y firma de todo actuado administrativo necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexas, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, de los procesos recursivos en los que el Viceministro de Pensiones y Servicios Financiero, Ing. Mario Guillen Suárez, presente excusa o sea recusado.

Que, mediante Auto de 21 de enero de 2010 la Viceministra de Política Tributaria acepta y aprueba la Recusación presentada por Luis Artemio Lucca Suárez contra Fatma Yamila Santiago Salame, Iván Orlando Rojas Yanguas y Nelson Atilio Martinic Vásquez, ratificando la designación de la abogada Sonia Jannet Dips Salvatierra, para que asuma las responsabilidades y obligaciones emergentes de la tramitación del proceso recursivo señalado y sea hasta su conclusión.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 15 de febrero de 2010 se amplía el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos, para resolver los Recursos Jerárquicos interpuestos por LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ y HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 095 de fecha 19 de abril de 2010, se resuelve suspender con carácter excepcional el plazo para la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica dentro del procedimiento recursivo interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez y HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros contra la Resolución Administrativa ASFI N° 397/2009 de 17 de noviembre de 2009, mientras dure el proceso de contratación de un profesional externo y sea hasta la entrega del producto final, conforme procedimiento.

**CONSIDERANDO:**

Que, la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, en lo principal dispone lo siguiente:

**“PRIMERO.-** Sancionar de acuerdo a lo expuesto en el Cargo 1 y 2, a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., con la imposición de una multa en Bolivianos de 60.023 (Sesenta Mil veintitrés 00/100 Bolivianos), de acuerdo al artículo 16 parágrafo I inciso e) de la Resolución Administrativa IS N° 602/2003 de 24 de octubre de 2003, que aprueba el Reglamento de sanciones.

**SEGUNDO.-** Sancionar de acuerdo a lo expuesto en el cargo 3, a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., con la imposición de una multa en Bolivianos de 91.905.—(Noventa y un mil novecientos cinco 00/100 Bolivianos), de acuerdo al artículo 16 parágrafo II inciso a) de la Resolución Administrativa IS N° 602/2003 de 24 de octubre de 2003, que aprueba el Reglamento de sanciones.

**TERCERO.-** La multa deberá ser depositada en la Cuenta del Banco Central de Bolivia N° 865 TGN – Cuenta Transitoria en Moneda Nacional, habilitada para tal efecto, en el plazo de quince (15) días que corren a partir de la notificación con la presente Resolución) Desestimar el cargo N° 9 contenido en la CITE: SPVS/IP/AL N° 3183/2009 de 29 de diciembre de 2009.

**CUARTO.-** Desestimar el cargo N° 4 contenido en el CITE SPVS/IP/AL N° 158/2009 de 6 de febrero de 2009.

**QUINTO.-**La Dirección de Supervisión de Seguros queda a cargo del cumplimiento de la presente Resolución”.

## **2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-**

### **2.1. HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.**

Mediante memorial presentado el 1º de septiembre de 2009, ratificado por memorial de 10 de septiembre del mismo año, Hernán Osuna Arano en legal representación de HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. interpuso Recurso de Revocatoria en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

#### **“I. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE DEMUESTRAN LA PROCEDENCIA DEL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA**

*Su Autoridad en el Tercer Considerando de la Resolución objeto del presente recurso, fundamenta y/o ratifica equivocadamente los cargos formulados contra la Empresa que represento, por lo que con los fundamentos de hecho y derecho que expondré a continuación desvirtuare esa incorrecta consideración:*

#### **PRIMER AGRAVIO**

*Para ratificar el primer cargo su autoridad expresa **incorrectamente** lo siguiente:*

*Que de acuerdo a lo previsto por el Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros, será obligación de los corredores de Seguros ilustrar al asegurado o tomador del seguro. De acuerdo al inciso e) del Art. 23 de la Ley de Seguros, era obligación del Corredor asesorar al asegurado. Pero sin embargo de la Revisión de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055, único documento para determinar la calidad de las partes, se puede advertir que la aseveración de la corredora no es verídica, por cuanto dicha Póliza menciona como asegurados a los prestatarios de cartera y no al Banco Santa Cruz S.A.*

*El asesoramiento e ilustración a los asegurados se configura en una obligación directa de la corredora al ser ésta una de sus funciones específicas, la cual no puede ser traspasada a otra entidad y menos a una entidad bancaria.*

*Si bien el secreto bancario abarca la divulgación de los antecedentes de las operaciones bancarias, debe quedar claro que el solo hecho de revelarse los datos personales de los prestatarios de ninguna manera ingresa dentro de los alcances del secreto bancario, toda vez que no se está revelando la información financiera de los mismos, ni sus números de cuenta o las sumas de dinero que poseen en la entidad financiera bancaria. En todo caso la corredora bien pudo haber puesto en conocimiento del órgano regulatorio correspondiente ésta situación en la oportunidad debida y desde la fecha en que se comenzó a comercializar la Póliza N° 600055.*

*Ante estas falsas e incorrectas afirmaciones corresponde expresar lo siguiente:*

*Es de conocimiento general que el año 1998 (fecha en la señora Ana María Arteaga de Lucca suscribió los contratos de préstamo con el Banco Santa Cruz S.A.) no existía ninguna normativa sobre seguros colectivos. La normativa sobre Seguros Colectivos fue emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros después de haberse suscrito los contratos de préstamos.*

*Al parecer su Autoridad no ha dado una correcta y real lectura a la Póliza N° 600055, toda vez que si su Autoridad da una revisión prolija a los antecedentes y pruebas aportadas por ésta parte, podrá evidenciar que cuando la señora ANA MARIA ARTEAGA DE LUCCA adquirió un préstamo de dinero del Banco Santa Cruz S.A., en la póliza de ese entonces, se estipuló que el Asegurado era el BANCO SANTA CRUZ S.A. y no como falsamente lo ha afirmado su Autoridad en la Resolución objeto del presente recurso.*

*(De) las fotocopias que se adjuntan al presente recurso, su Autoridad evidenciará que en la Póliza N° 600055, se consignó como asegurado al BANCO SANTA CRUZ S.A. (Ver la póliza adjunta al presente memorial).*

*Se ha demostrado que desde la fecha en que Ana María Suárez(sic) de Lucca, adquirió el préstamo del Banco Santa Cruz S.A., siempre se consignó como asegurado al BANCO SANTA CRUZ S.A., y recién un día antes del fallecimiento de la señora Ana María Suárez(sic) de Lucca la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió una normativa regulatoria estableciendo que el asegurado debía de ser el prestatario, pero dicha resolución recién entró en ejecución en forma posterior a la suscripción de los contratos de préstamos.*

***Todo lo anteriormente expuesto, ha demostrado que desde que Ana María Suárez(sic) de Lucca adquirió un préstamo de dinero estuvo consignado como asegurado el Banco Santa Cruz S.A., motivo por el cual al haber ésta Empresa ilustrado y asesorado al Banco Santa Cruz S.A., cumplió con los Inc. c) y e) del Art. 23 de la Ley de Seguros.*** Más aún si el propio Banco Santa Cruz S.A. en fecha 17 de julio de 2003, certificó que dicha entidad no tenía reclamo alguno u observación que formular contra HP BROKERS en su condición de Corredor y Asesor de Seguros.

*La Carta cite COM-1121/00 de 18 de Octubre de 2000, cuya copia se adjunta al presente memorial, demuestra y acredita que ésta Empresa solicitó al Banco Santa Cruz S.A. que en las declaraciones mensuales se incluya el nombre completo del prestatario, incluyendo el detalle de cada una de sus operaciones crediticias y la prima cobrada por persona. Lo que demuestra que la Empresa*

que represento sí realizó todos los esfuerzos posibles y en tiempo oportuno para tratar de obtener la identidad de todos los asegurados, hecho que no fue posible, generándose la imposibilidad sobreviniente.

La carta Cite SB/AJG/D-45538/2003 de fecha 05 de Agosto de 2003, que ratifica la posición que asumió la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en ese entonces, ya que en esas fechas se efectuaron las consultas necesarias, **habiendo dicha institución en forma contraria a lo expresado por su Autoridad, certificado que la publicidad de datos personales SI se encuentra amparada con el SECRETO BANCARIO,** hecho que impidió que ésta Empresa conociera la identidad de la Sra. ANA MARIA ARTEAGA DE LUCCA.

La Resolución Administrativa N° 564/2008 de 30 de Enero de 2008 emitida por su propia Autoridad, demuestra y acredita que las operaciones bancarias, nombres de los clientes de las Entidades Financieras, se encuentran amparadas en(sic) bajo el secreto bancario, ya que en su artículo cuarto de dicha resolución, se exige la obtención de Autorización de los asegurados para las actividades de seguros.

**Lo expuesto en los puntos 5 y 6 demuestra y acredita que la Empresa que represento en tiempo oportuno realizó los trámites necesarios para intentar obtener la identidad de los prestatarios, pero sin embargo dicha acción fue infructuosa, ya que el Banco Santa Cruz S.A. nunca remitió a ésta Empresa o a la Compañía Aseguradora los nombres de los prestatarios, en razón a que ésta información se encontraba amparada bajo el secreto bancario, hecho que fue ratificado por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, lo que demuestra en forma clara y contundente que se generó la imposibilidad sobreviniente cuya aplicación solicitó ésta parte.**

Cabe dejar presente que la señora Ana María Arteaga de Lucca ingresó en mora debido a que dejó de pagar sus cuotas de crédito al Banco Santa Cruz S.A., habiendo dejado de pagar por más de ocho meses, hecho que determinó que el Banco Santa Cruz S.A. no la incluya en sus listados, por lo que al momento de su fallecimiento dejó de ser asegurada.

Su autoridad debe tomar en cuenta que podría ser lógico e inclusive reprochable el hecho de que(sic) no pagarse el seguro de quien hubiese cumplido sus obligaciones, pero no (de) quien no le dio la gana de pagar u honrar sus obligaciones por más de ocho meses.

**En consecuencia, el hecho de que el Banco Santa Cruz S.A. no haya incluido en su declaración mensual los números de crédito de la señora Ana María Arteaga**

**de Lucca, no correspondía atención de siniestro alguno, ya que la póliza de desgravamen es por declaración mensual por parte de la Entidad Financiera.**

Por último la carta de 21 de Diciembre de 2001, así como las cartas Cites DSN 064/2002, TEC-143/02, **demuestran y acreditan que el señor Luis Artemio Lucca Suárez, pese a no tener interés legítimo, fue debidamente asesorado al fallecimiento de su esposa Ana María Arteaga de Lucca. Cabe hacer mención que a la muerte del asegurado, el titular del derecho es el beneficiario a título oneroso BANCO SANTA CRUZ S.A. de acuerdo al art. 1134 del Cod. de Comercio, quienes reiteramos fueron asesorados y mediante certificación expresa manifestaron no tener nada que reclamar. Por lo expuesto, se demuestra que la empresa que represento cumplió con la normativa legal vigente en ese entonces, no habiendo incurrido en ningún incumplimiento y/o falta alguna.**

#### **SEGUNDO AGRAVIO.**

Para ratificar parcialmente el segundo cargo su autoridad expresa **incorrectamente** lo siguiente:

- a. Si bien no se suscitó el incumplimiento de enero del 2000 al 18 de junio de 2000, y que posterior a esta fecha se habría suscitado el incumplimiento.
- b. Afirma que en su oportunidad no se realizó las gestiones ante el órgano regulador sobre el secreto bancario.

Ante estas falsas e incorrectas afirmaciones corresponde expresar lo siguiente:

1. La Empresa que represento sí efectuó las gestiones necesarias ante la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, haciendo las consultas necesarias, ya que bastaba el pronunciamiento de esta entidad Estatal para estar acredita la existencia del secreto bancario.
2. La carta Cite SB/AJG/D-45538/2003 de fecha 05 de Agosto de 2003, que ratifica la posición que asumió la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en ese entonces, ya que en ese entonces se efectuaron las consultas necesarias, habiendo dicha institución, en forma contraria a lo expresado por su autoridad, certificado que la publicidad de los datos personales si se encuentra amparada con el secreto bancario, hecho que impidió que esta Empresa conociera la identidad del señor Luis Artemio Lucca Suárez.

Por otro lado, la empresa que represento solicitó tanto al Banco Santa Cruz S.A. como a la compañía aseguradora la emisión de los certificados, ya que la norma y (en) este caso el reglamento, no obliga al intermediario a emitir dichos

certificados, siendo obligación de esta emisión la Compañía Aseguradora. Pero también corresponde aclarar que la emisión de ese certificado no fue posible por la Compañía Aseguradora por dos aspectos: a) El Banco no proporcionó los listados con nombres en ese período, por no contar con los mecanismos que levanten el secreto bancario que le permitan entregar los datos necesarios para el certificado, y b) La Compañía no pudo emitir los certificados por no haber recibido autorización por parte de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, hasta después del fallecimiento de la señora Ana María Arteaga de Lucca; y tampoco recibió del Banco los listados con nombres de los prestatarios.

Todo lo anteriormente expuesto, ha demostrado la existencia del secreto bancario y por ende la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento, y que esta parte no violó norma legal alguna, menos aún incurrió en ninguna falta.

### **C) TERCER AGRAVIO.**

Para ratificar parcialmente el tercer cargo su Autoridad expresa **incorrectamente** lo siguiente:

Los documentos a los que hace mención el Art. 52 del Código de Comercio son aquellos catalogados como correspondencia y documentos concernientes a los respaldos de la contabilidad que llevan los comerciantes, y que según Carlos Morales Guillén la ley le obliga también a la conservación de los libros y la documentación relacionada al tráfico del comerciante, mientras dure este, y hasta cinco años después de la liquidación o del cierre de todos sus negocios.

Ante esta incorrecta afirmación corresponde expresar lo siguiente:

El Art. 52 del Código de Comercio, no solamente se refiere a los documentos contables, sino también a todo documento relativo a la actividad comercial, lo que demuestra que es falsa la apreciación emitida por vuestra Autoridad.

Asimismo, el Tratadista Carlos Morales Guillén en su Libro Código de Comercio Concordado y Comentado, pág. 78, afirma lo siguiente: 'No basta tan solo llevar la contabilidad o llevarla en la forma establecida por las reglas anteriormente examinadas. La ley también obliga a la conservación de los libros y la documentación relacionada con el tráfico del comerciante mientras dura este y hasta cinco años después de la liquidación o del cierre de todos sus negocios y dependencias comerciales. **En caso de que la actividad comercial subsista, ese plazo rige desde la fecha del último asiento...**'. Por otro lado no existe ninguna norma legal que disponga que la destrucción de documentos sea previa

inspección y consiguiente autorización ya que el supuesto reglamento al que hace referencia Carlos Morales Guillén a la fecha es inexistente.

**Se ha demostrado que el Art. 52 del Código de Comercio no solamente se refiere a documentos contables, sino también a todo tipo de documentos relativos al giro comercial, encontrándose incluida la correspondencia de particulares y entidades públicas. En igual forma la opinión de uno u otro tratadista no tiene ningún asidero legal entre tanto no se encuadre a la norma jurídica en cuestión. En el caso presente el Art. 52 del Código de Comercio en forma expresa establece que el cómputo del plazo para empresas activas se realiza desde la fecha del último asiento, lo que demuestra que la Empresa que represento se encontraba liberada de toda obligación de conservación de documentos anteriores al plazo establecido en la referida norma legal, lo que demuestra que no hubo ningún incumplimiento o falta alguna, y por ende no correspondía ratificar ningún cargo.**

Por otro lado, cuando la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros realizó la primera inspección a nuestras oficinas, se les proporcionó toda la documentación requerida y entre ellas la descrita en la nota SPVS N° 527/2008 de 30 de Abril de 2008, tal cual se puede evidenciar de las varias actas de inspecciones realizadas a nuestra empresa.

**En consecuencia, no es lógico que se nos sancione por la no entrega de documentos que ya cursaban y cursan en los antecedentes del presente proceso administrativo. Aclaro que en la contestación a la solicitud de documentos, se hizo mención que esa documentación ya fue entregada y cursaba en los antecedentes, lo que también demuestra que no correspondía la imposición de sanción alguna, ya que no se incurrió en falta o incumplimiento alguno. La contestación efectuada por esta parte no fue observada por la Superintendencia, entendiéndose que se aceptó que toda esa documentación se encontraba en los antecedentes del proceso, ya que la misma habría sido proporcionada en anteriores inspecciones, y más al contrario no podemos ser sancionados por un acto ya cumplido con anterioridad.**

## **II. PETITORIO.**

Por todo lo anteriormente expuesto, y habiendo quedado demostrado que su Autoridad ha violado las normas legales descritas en el presente memorial, se nos haya causado agravios, ha existido una incorrecta interpretación de las normas legales, solicito a su Autoridad se sirva **REVOCAR parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 986/2009 con fecha 10 de agosto de 2009, luego corregida**



**a fecha 11 de agosto de 2009 mediante Resolución Administrativa N° 102/2009 de 17 de Agosto de 2009,** desestimando y rechazando todos los cargos formulados contra esta empresa, dejando sin efecto las sanciones impuestas y disponiendo el archivo de obrados, por no haber esta Empresa incumplido norma legal alguna.

**OTROSI PRIMERO.-** En aplicación del Art. 50 del D.S. 27175 de fecha 15 de Septiembre de 2003, solicito a su autoridad se sirva aperturar término probatorio.(...)

**OTROSI TERCERO.-** Asimismo, con la permisión del Art. 40 del D.S. N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, solicito a su autoridad disponga la suspensión transitoria de la ejecución de la Resolución Administrativa objeto del presente recurso, toda vez que existe la posibilidad de que la misma sea revocada, ya sea por su Autoridad o por el Superior Jerárquico.

Dejamos presente que la ejecución inmediata de la misma nos acarreará un grave perjuicio irreversible, ya que la situación económica de la Empresa que represento no es la adecuada, encontrándonos imposibilitados de poder pagar dicho monto en este momento, ya que tendríamos que escoger entre pagar la sanción o pagar a nuestro personal y otras deudas administrativas, lo que significaría la perturbación del interés general y de los derechos de terceros que (en) este caso son los empleados de la Empresa, ya que dejarían de percibir sus salarios entre tanto la empresa consiga los recursos requeridos.

A objeto de acreditar el perjuicio y la imposibilidad de pago en este momento, por parte de nuestra Empresa, adjunto los Estados Financieros de la gestión 2007, 2008 y primer semestre del 2009, con la explicación del caso, el cual refleja nuestra real situación económica, y los graves perjuicios que se nos ocasionaría y se ocasionaría a los derechos de terceros, con la ejecución de la Resolución Administrativa objeto del recurso descrito en lo principal (...)"

## **2.2. LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**

Mediante memorial presentado el 08 de septiembre de 2009, LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 086/2009 rectificada por la Resolución ASFI N° 102/2009 y contra la Resolución ASFI N° 142/2009 de 26 de agosto en mérito a los siguientes fundamentos:

**"1) INFRACCIÓN Y ERRONEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DE INFRACCIÓN Y SANCIÓN IMPUESTA**

La Resolución ASFI N° 086/2009, ha establecido a cabalidad y ratificado las sanciones que fueron atribuidas inicialmente a HP BROKERS S.R.L. a través de una valoración razonada de las pruebas aportadas en el transcurso del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

**Sin embargo, cuando la ASFI ingresa a efectuar las consideraciones acerca de la calificación de la infracción y la normativa jurídica que sustenta la imposición de la sanción, se puede apreciar que se ha incurrido en infracción y errónea aplicación del Art. 52 de la Ley de Seguros.**

Para comprobar lo anterior, debemos partir previamente de un hecho cierto y verdadero el cual es que HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL **HA INCURRIDO EN INFRACCIONES DE NATURALEZA INSUBSANABLES** y esta situación no es una simple apreciación personal sino que surge de los siguientes aspectos:

a) Las denuncias presentadas por mi persona y que sistemáticamente fueron omitidas de ser investigadas por la SPVS hasta la emisión del Informe SPVS/INF/N° 01/2008 de 30 de mayo, datan de gestiones en las cuales HP Brokers SRL incumplió de manera permanente y reiterada los preceptos establecidos en la Ley de Seguros y normativa conexas, que hasta la fecha nunca corrigió ni enmendó.

b) **EL CARGO 1**, ratificado correctamente por la Resolución ASFI N° 086/2009, hace mención a que HP Brokers SRL en cuanto a la ilustración y/o asesoramiento de los asegurados utilizó folletos que nunca contuvieron material ilustrativo y/o de asesoramiento referente a la vigencia del contrato de seguro, derechos y obligaciones del asegurado, pago del siniestro y de primas, etc., además de **no existir demostración de que los prestatarios del Banco recibieron ilustración y asesoramiento sobre la Póliza N° 600055**. En ese contexto, cabe preguntarse: ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas proceder a ilustrar y asesorar de alguna manera tanto a mi persona como a mi fallecida esposa quienes fuimos asegurados en la Póliza N° 600055?, ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas asesorar tanto a mi persona como a mi señora esposa fallecida (asegurados) sobre algún aspecto de la Póliza N° 600055 cuando dicha póliza ya dejó de tener efectos en diciembre de 2001?, ¿podrá en la actualidad HP Brokers SRL brindar alguna ilustración o asesoramiento sobre la Póliza N° 600055 a mi señora esposa (asegurada también) **que falleció** el 17 de abril de 2001?. Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **HP BROKERS SRL NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER ILUSTRADO NI ASESORADO AMI PERSONA Y MI SEÑORA ESPOSA ACERCA DE LAS SITUACIONES CORRESPONDIENTES A LA POLIZA N° 600055.**

**EL CARGO 2**, ratificado correctamente por la Resolución ASFI N° 086/2009, comprobó que HP Brokers SRL **no asistió de manera directa ni indirecta a los esposos Lucca – Arteaga (asegurados) y tampoco se entregó ningún material ilustrativo ni mucho menos se asesoró de manera directa tanto a mi persona como a mi señora esposa fallecida**; sobre lo cual corresponde preguntarse lo siguiente: ¿podrá HP Brokers SRL a la fecha brindar asesoramiento o ilustración a mi señora esposa fallecida y a mi persona acerca de los alcances y estipulaciones emergentes de la Póliza N° 600055 y subsanar el hecho de no haber realizado el asesoramiento al que estaba obligado **el año 2001**?; ¿podrá HP Brokers SRL en la actualidad asesor a mi señora esposa fallecida acerca de los alcances y emergencias de la Póliza N° 600055 cuya vigencia concluyó el mes de diciembre de **2001**?; ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas retrotraer el tiempo y efectuar el asesoramiento a mi persona y a mi señora esposa fallecida sobre la Póliza N° 600055 la misma que concluyó su vigencia en diciembre de 2001?. Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **HP BROKERS NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER REALIZADO EL ASESORAMIENTO A LOS ASEGURADOS SOBRE LOS CONTENIDOS Y ALCANCES DE LA POLIZA N° 600055 EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA.**

De la breve relación antes efectuada, se puede apreciar de manera incontrovertible y sin lugar a dudas que **LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL SON INSUBSANABLES TODA VEZ QUE NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD** conforme se ha explicado precedentemente.

Ahora bien, habiendo quedado esclarecida la naturaleza de las infracciones en las que ha incurrido HP Brokers SRL, corresponde remitirnos al **ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS** (Norma legal de aplicación preferente) el cual determina los tipos de infracciones y sanciones a ser impuestas dentro de este mercado estableciendo lo siguiente:

**'INFRACCIONES Y SANCIONES.-** Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia.

### **INFRACCIONES**

**INFRACCIONES LEVES.** Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

**INFRACCIONES GRAVES.** *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

**INFRACCIONES INSUBSANABLES.** *Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

### **SANCIONES**

*De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas:*

**AMONESTACION.** *Corresponderán a la comisión de una infracción leve.*

**MULTAS.** *Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave.*

**SUSPENSION TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES.** *Corresponderá a la comisión de una infracción grave.*

**REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.** *Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento'.*

*De la lectura anterior, se puede establecer de manera clara, concreta y sin lugar a subjetivismos o interpretaciones ambiguas que el Legislador, bajo el principio de reserva legal, ha diseñado y establecido el marco jurídico normativo sobre el cual los órganos regulatorios, de fiscalización o de supervisión del mercado de seguros deben actuar a tiempo de calificar las infracciones e imponer las sanciones, situaciones que se encuentran claramente identificadas en la Ley de Seguros la cual tiene aplicación preferente bajo el principio de jerarquía normativa.*

*Tal es el caso, que para graficar el contenido de las infracciones y sanciones administrativas podemos remitirnos al siguiente cuadro, para facilidad de referencia:*

<b><u>INFRACCIÓN</u></b>	<b><u>SANCIÓN</u></b>
<p><b>INFRACCIONES LEVES.</b> Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.</p>	<p><b>AMONESTACIÓN.</b> Corresponderá a la omisión de una infracción leve</p> <p><b>MULTAS.</b> Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave</p>
<p><b>INFRACCIONES GRAVES.</b> Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.</p>	<p><b>MULTAS.</b> Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave</p> <p><b>SUSPENSIÓN TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES.</b> Corresponderá a la comisión de una infracción grave</p>
<p><b>INFRACCIONES INSUBSANABLES.</b> Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros interesados.</p>	<p><b>REVOCATORIA DE LA AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO.</b> Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento.</p>

Como podrá apreciarse, la Ley de Seguros es diáfana cuando determina el catálogo de infracciones y sus respectivas sanciones.

Explicado lo anterior, en el caso que se analiza, **LA ASFI INGRESA EN INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS** primero al calificar

(tipificar) las infracciones como si se trataran de 'leves' para los cargos 1 y 2 y como 'grave' para el cargo 3 y segundo al imponer una sanción emergente de la mala calificación legal, conforme se pasa a demostrar:

Las 'Infracciones Leves' determinadas en el Art. 52 de la Ley de Seguros tienen origen cuando el incumplimiento a la normativa jurídica 'es enmendable o subsanable' donde no existe perjuicio a los asegurados.

En este caso en particular, se ha demostrado que las infracciones en las que ha incurrido HP Brokers SRL y que corresponden a los Cargos 1 y 2 son de carácter **INSUBSANABLE** por cuanto **no se pueden enmendar ni corregir en la actualidad, además de haber quedado establecido fehacientemente que ha existido un perjuicio para los asegurados (mi persona y mi señora esposa en la actualidad fallecida) puesto que esta Corredora nos privó del derecho legalmente impuesto de poder ser debidamente asesorados acerca de los alcances, contenidos y situaciones emergentes de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055.**

En tal sentido, no resulta ser correcto ni justo que ante la demostración inequívoca de que HP Brokers SRL **no asesoró a mi persona ni a mi señora esposa actualmente fallecida** se califiquen estas infracciones como 'leves' toda vez que las mismas revisten un carácter insubsanable.

Las 'infracciones Graves' insertas en el catalogo del Art. 52 de la Ley de Seguros corresponden cuando el incumplimiento a la normativa jurídica es 'enmendable o subsanable', situación que ha quedado demostrada **que no puede ser aplicable en el presente caso**, toda vez que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **no pueden ser enmendadas, corregidas o subsanadas.**

Precisamente, esa ha sido la determinación del Legislador cuando ha señalado en el mencionado Art. 52 de la Ley de Seguros lo siguiente: '**INFRACCIONES GRAVES.** Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros'.

En el contexto, la ASFI señala que las infracciones de HP Brokers SRL son 'leves' para los cargos 1 y 2 y 'graves' para el cargo 3, **SIN PERCATARSE QUE LAS MISMAS NO PUEDEN SER SUBSANADAS Y POR TANTO NO SE PODRÍA BAJO NINGUNA FORMA JURÍDICA, EL PRETENDERSE CONSIDERAR COMO 'LEVES' Y 'GRAVES' LAS INFRACCIONES QUE NO TIENEN POSIBILIDAD DE ENMIENDA O CORRECCIÓN**, lo cual comprueba el error de calificación legal de las infracciones.

Por su parte, las **'INFRACCIONES INSUBSANABLES'** contenidas también en el Art. 52 de la Ley de Seguros corresponden cuando los incumplimientos a la normativa jurídica **'no pueden ser enmendables ni subsanables'** y este aspecto ha quedado plenamente demostrado y corroborado en este caso a partir de que los cargos imputados a la Corredora y que fueron justificados y verificados **no son susceptibles de enmienda, corrección o subsanación.**

Es por ello que el Legislador ha sido preciso al indicar lo siguiente: **'INFRACCIONES INSUBSANABLES.** Corresponderán al **incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales** como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros'.

A partir de lo anterior, nuevamente debo señalar que existe la suficiente evidencia y sustento material que ha demostrado que **LAS INFRACCIONES DE HP BROKERS SRL NO PUEDEN SER ENMENDADAS, SUBSANADAS O CORREGIDAS,** de donde se extrae que la ASFI debió haber calificado dichas infracciones dentro de esta categoría jurídica (infracciones insubsanables) por cuanto, reitero, los ilícitos administrativos **no pueden ser en la actualidad subsanados, corregidos o enmendados.**

Bajo estas consideraciones, la errónea calificación legal de las infracciones a la que arribó la ASFI desembocó en que se impusiera a la Corredora **una sanción que no corresponde a la naturaleza correcta y acertada de dichas infracciones por cuanto ante la comisión de infracciones insubsanables solo queda la posibilidad legal de sancionarse con la revocatoria de la autorización de funcionamiento.**

En consecuencia, queda demostrado y corroborado que las conductas infractoras de HP Brokers SRL **SE ADECÚAN PERFECTAMENTE** en las previsiones del Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que se refiere a las **'INFRACCIONES INSUBSANABLES'** donde se manifiesta que: **'Corresponderán al incumplimiento, NO ENMENDABLE O SUBSANABLE de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico O PERJUICIO a la misma O A LOS ASEGURADOS,** tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros', al haberse establecido legalmente que el alcance de las infracciones en las que incurrió HP Brokers SRL **NO PUEDEN SER EN LA ACTUALIDAD SUSCEPTIBLES DE ENMIENDA, CORRECCIÓN, RECTIFICACIÓN O SUBSANACIÓN.**

Del mismo modo, la ASFI incurre en vulneración de la Ley de Seguros cuando otorga aplicación preferente al Reglamento de Sanciones de(l) Sector de Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 para sustentar como 'leves' y 'graves' los ilícitos cometidos por la Corredora, a sabiendas de que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **SON INSUBSANABLES** sobrepasando el contenido de una Ley de la República **EN VIOLACION DEL PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA.**

## **2) VIOLACIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE TIPICIDAD**

Ingresando ahora en el análisis del Séptimo y Octavo 'Considerando' de la Resolución ASFI N° 086/2009, se puede observar que se hace mención a los principios de proporcionalidad y de tipicidad para tratarse de justificar la calificación de las infracciones de HP Brokers SRL y la posterior aplicación de la sanción.

Sobre el particular, me permito demostrar a continuación la existencia de violación y errónea aplicación de dichos principios

### **2.1.) SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La Resolución ASFI N° 086/2009 se basa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre la misma que señala lo siguiente:

'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'

Si aplicamos correctamente el contenido jurisprudencial antes mencionado **AL CASO EN PARTICULAR**, se puede apreciar que inclusive así se encuentra comprobado que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL. son de



naturaleza **INSUBSANABLE** y que la sanción aplicable debió ser la revocatoria de la autorización de funcionamiento por lo siguiente:

Según el parámetro **a)** de la Resolución Jerárquica 38/2006 se determina que los hechos deben encontrarse previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable.

En el caso en particular, ha quedado por demás claro que los hechos, que se configuran en las conductas infractoras de HP Brokers SRL **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE AL NO EXISTIR POSIBILIDAD MATERIAL DE QUE PUEDAN CORREGIRSE O ENMENDARSE LAS ACCIONES IRREGULARES QUE FUERON LLEVADAS A CABO POR ESTA CORREDORA**, extremos que efectivamente se encuentran calificados como **INFRACCIONES INSUBSANABLES** en el Art. 52 de la Ley de Seguros **que constituye la norma aplicable**.

Según el parámetro **b)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado.

En el caso en particular, y luego de siete (7) años de negárseme la investigación de mis denuncias, se llega a emitir la Resolución ASFI N° 086/2009 la cual, según se tiene de su Quinto 'Considerando', **HA PROBADO Y DEMOSTRADO PLENAMENTE** la comisión de las infracciones por parte de HP Brokers SRL.

Según el parámetro **c)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina 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.

En el caso en particular, la ASFI incumple con este parámetro de proporcionalidad toda vez que **AL ENCONTRARSE DEMOSTRADO Y COMPROBADO** que HP Brokers SRL ha incurrido en infracciones **INSUBSANABLES** las cuales no se pueden corregir ni enmendar en el tiempo (hechos imputados), **OMITE ESTABLECER LA SANCIÓN ÚNICA Y LEGALMENTE APLICABLE QUE CORRESPONDE A ESTOS HECHOS** (responsabilidad exigida) que consiste en la revocatoria de la autorización de funcionamiento de acuerdo al Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que corresponde a las Infracciones Insubsanables.

Es más, **LA ASFI INCURRE EN UNA EVIDENTE DESPROPORCIONALIDAD** cuando califica como sanciones 'leves' los Cargos 1 y 2 y como 'grave' el Cargo 3, toda vez que **Los Cargos 1 y 2 son consecuencia comprobada de la inexistencia de asesoramiento a los asegurados por parte de la Corredora**, situación que nos generó perjuicios a los esposos Lucca Arteaga y que además esta conducta no

tiene posibilidad de ser enmendada o corregida; empero y a pesar de ello, para la ASFI esto sería 'leve'; y contra toda lógica en derecho cuando se trata del Cargo 3 el cual hace referencia a la simple falta de presentación de documentos a requerimiento de la ex SPVS, la ASFI entiende que esta infracción es 'grave' (¿?). Este es un criterio difícil de comprender.

Entonces, no es concebible que se pretenda que los Cargos 1 y 2 que demuestran un evidente perjuicio para los asegurados y que además son insubsanables tengan una sanción tan benevolente bajo la categoría de 'leve' y para una falta de presentación de documentos se aplique una calificación y sanción 'grave'; cuando a todas luces, reitero, las infracciones cometidas por HP Brokers SRL, para los Cargos 1 y 2, son insubsanables.

Esto evidente demuestra más bien una falta absoluta de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones.

Asimismo, y a mayor abundamiento, si acudimos a la Jurisprudencia Comparada, tenemos que la **Corte Constitucional de Colombia** mediante Sentencia C-591/93, al hacer referencia al principio de proporcionalidad ha sostenido lo siguiente:

'La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. **En esa tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley (...).** El juicio de proporcionalidad **–que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la Ley.** 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'.

Utilizando este criterio jurisprudencial, se acredita nuevamente el error en el cual ha incurrido la ASFI al intentar aplicar el principio de proporcionalidad para imponer una sanción benevolente contra la Corredora, por cuanto es por demás claro que la Autoridad que aplica una sanción **SE ENCUENTRA OBLIGADA A IMPONER LA PENA CONSAGRADA EN LA LEY** de acuerdo al comportamiento del infractor, lo cual trasladado al presente caso deriva en que al ser **INFRACCIONES INSUBSANABLES** las que fueron cometidas por HP Brokers SRL **LA SIMETRÍA CORRECTA DE LA SANCIÓN ES UNA SOLA: LA REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO CONFORME ESTABLECE EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS;** no quedando posibilidad de desviarse del sentido estricto que la Ley ha diseñado en cuanto a las sanciones por la comisión de infracciones insubsanables. Precisamente por ello, la Doctrina Administrativa ha entendido que el principio de proporcionalidad debe ser concebido **'como una eficaz herramienta en la lucha contra la discrecionalidad de la Administración y contra su poder soberano para**

**decidir la sanción fuera de los parámetros de la Ley'** (Quirós Lobo, José Mario, 'Principios del Derecho Sancionador', Editorial Comares, España, 1996).

Por ello, la propia Ley de Procedimiento Administrativo en su Art. 75 indica sin lugar a equivocaciones que 'El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas **no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas**'; precepto legal que, aplicado también a este tema, deriva en que la ASFI con la equivocada sanción impuesta contra HP Brokers SRL no hace más que 'beneficiar' a esta Corredora **POR ENCIMA DE VERIFICAR QUE LAS NORMAS INCUMPLIDAS NI SIQUIERA A LA FECHA PUEDEN SER CUMPLIDAS POR SER INSUBSANABLES**, lo que agrava inclusive la condición de HP Brokers SRL.

En consecuencia, resulta evidente que el principio de proporcionalidad **NO ES UNA HERRAMIENTA PARA DISMINUIR SANCIONES O IMPONER AQUELLAS QUE MEJOR LE PAREZCAN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SINO PARA DETERMINARLAS DE ACUERDO A LA LEY**, lo cual en este caso, se traduce en que se tiene abundantemente expresado y corroborado que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **SON INSUBSANABLES** aspecto que, inclusive bajo el principio de proporcionalidad, da lugar a que se aplique la sanción correspondiente (para la categoría de infracciones insubsanables) cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

## **2.2) SOBRE EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.**

Es importante en este punto remitirnos a la Jurisprudencia Administrativa y propiamente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto la cual señaló lo siguiente:

'(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (**praeceptum 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, nullapoena 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'

Bajo los parámetros anteriores, puede establecerse que el **praeceptum legis** se encuentra conformado por las normas legales y administrativas que han sido infringidas por HP Brokers SRL, configurándose la conducta de esta compañía

como **INSUBSANABLE, POR CUANTO, LAS VIOLACIONES NORMATIVAS EN LAS QUE HA INCURRIDO LA CORREDORA NO PUEDEN SER ENMENDADAS O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD.** Por su parte la *sanctio legis*, correspondiente a las infracciones **INSUBSANABLES** se halla ubicada en el Art. 52 de la Ley de Seguros que determina que la única sanción posible para la comisión de infracciones insubsanables es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Así, la ASFI incurre en una violación del principio de tipicidad, por cuanto **ES POR DEMÁS CONTUNDENTE QUE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE, NO CORREGIBLE NI ENMENDABLE Y EN ESE CASO LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE PARA ESTE TIPO DE INFRACCIONES ES LA REVOCATORIA DELA AUTORIZACIÓN DEFUNCIONAMIENTO CONFORME A LEY.**

Por tal motivo, es contradictorio que la ASFI a sabiendas de que las infracciones de HP Brokers SRL son insubsanables en el tiempo, pretenda utilizar normas relativas a las 'infracciones leves y graves' **Y MÁS AÚN SE APLIQUE EL REGLAMENTO DE SANCIONES DEL SECTOR SEGUROS QUE ES UNA SIMPLE RESOLUCION ADMINISTRATIVA, DEJÁNDOSE DE LADO LA OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN PREFERENTE DE LA LEY DE SEGUROS** bajo el principio constitucional de jerarquía normativa.

Inclusive, nótese la abierta violación al principio de tipicidad cuando la ASFI de manera indebida señala que para los cargos 1 y 2 se habría infringido el Art. 16, parágrafo I, literal e), del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, precepto que no guarda relación con los hechos en los que incurrió la Corredora por cuanto ha quedado claro que los mencionados Cargos 1 y 2 de forma clara se refieren a que **HP BROKERS SRL NO ASESORÓ EN NINGÚN MOMENTO A MI PERSONA NI A MI SEÑORA ESPOSA FALLECIDA ACERCA DE LOS CONTENIDOS Y ALCANCES DE LA POLIZA N° 600055** violándose, entre otras normas, el Art. 23, literal C), de la Ley de Seguros que determina como obligación de las Corredoras 'ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro'. Sin embargo, la ASFI califica este hecho dentro del señalado Art. 16, parágrafo I, literal e), del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros el cual se refiere a 'Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a la Superintendencia, al Estado o al Público'.

Como se puede apreciar, es ilegal que se pretenda mencionar que HP Brokers SRL ingresó en 'error y omisión en la calidad de información' por cuanto los cargos 1 y

2 no versan sobre ese aspecto sino que se refieren a que **LA CORREDORA NUNCA BRINDÓ ASESORAMIENTO A LOS ASEGURADOS DE LA POLIZA N° 600055.**

De todas maneras, y aún en el supuesto de que la calificación de la infracción realizada por la ASFI fuera correcta, igual nos encontramos ante la comisión de infracciones insubsanables.

### **3) VIOLACION AL PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA**

Como es de conocimiento de su Autoridad, la Jerarquía normativa, a la cual se le atribuye la categoría de 'principio', se trata de una noción básica estructural del derecho que establece la preferencia de aplicación de las normas jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico determinado donde se tiene en la escala principal a la Constitución, seguida por la Ley y posteriormente el resto de las normas.

En nuestro medio, el principio de jerarquía normativa se encuentra inserto en el Art. 410, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado que manifiesta: '**La aplicación de las normas jurídicas** se regirá por la siguiente jerarquía (...): **1.-** Constitución Política del Estado. **2.-** Los tratados internacionales. **3.- Las leyes nacionales**, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena. **4.-** Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes'. Por su parte, el Art. 4, literal h), de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que 'La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: **h) Principio de jerarquía normativa:** La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, **observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes**'.

En este contexto, la Jurisprudencia nacional ha sostenido lo siguiente:

- Que, uno de los principales fundamentales inherentes al Estado Democrático de Derecho es el principio de jerarquía, el cual consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional; de manera que una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango'. (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 13/2003 de 14 de febrero).

- El principio de jerarquía normativa consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de

sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima la ocupa la Constitución como principio, origen y fundamento de las demás normas jurídicas. Este principio implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual, una norma situada en rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada en cuya cúspide, obviamente, se halla la Constitución Política del Estado' (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 75/2006 de 05 de septiembre).

En el caso de análisis, este principio ha sido vulnerado por la ASFI por cuanto la Resolución ASFI N° 086/2009 en su Séptimo 'Considerando', utiliza indebidamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros para calificar la infracción e imponer la sanción a HP Brokers SRL dejando de lado y sobrepasando la Ley de Seguros la cual de manera expresa señala que ante la comisión de infracciones **INSUBSANABLES** la sanción a imponerse es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

#### **4) SOBRE LA CONFIGURACION DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

La palabra **INSUBSANABLE** significa todo aquello que no puede repararse o enmendarse y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros.

A lo largo del presente escrito, mi persona ha demostrado sin lugar a equivocaciones ni subjetivismos, que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **SON INSUBSANABLES** por cuanto las mismas no pueden ser corregidas en la actualidad y mucho menos enmendadas o subsanadas.

Sin embargo, fuera de la legalidad y lógica común, la ASFI en la Resolución ASFI N° 086/2009 y en la Resolución ASFI N° 142/2009 señala que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL serían de naturaleza 'leve' para los Cargos 1 y 2 y 'grave' para el Cargo 3. **EMPERO PARA QUE DICHO ARGUMENTO SEA CONVINCENTE Y RESPETE EL DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA, EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS, PUES LA ASFI DEBIERA SEÑALAR DE MANERA FUNDAMENTADA CÓMO ES POSIBLE QUE HP BROKERS SRL PUEDA ENMENDAR O CORREGIR LOS CARGOS 1 y 2, SITUACIÓN QUE NO HA SIDO IDENTIFICADA Y SOBRE LO CUAL REQUIERO QUE SE EMITA UN PRONUNCIAMIENTO EXPRESO,** por cuanto de no obrarse así la determinación asumida por su autoridad para imponer una sanción errónea sería arbitraria.

Precisamente por ello, mi persona formuló Aclaración, Complementación y Enmienda a la Resolución ASFI N° 086/2009, **PARA QUE SE ME EXPLIQUE COMO SE PODÍAN SUBSANAR LAS INFRACCIONES DE HP BROKERS SRL**, extremo que fue respondido por la Resolución ASFI N° 142/2009 de forma inmotivada; no siendo cierto que la Resolución ASFI N° 086/2009 no contenga 'contradicciones o ambigüedades' porque de ser así la ASFI explicaría como se pueden subsanar o enmendar las infracciones cometidas por HP Brokers SRL para que las mismas puedan ser catalogadas como 'leves' y 'graves' y no como insubsanables.

### **CONCLUSIONES**

En virtud a lo precedentemente desarrollado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

**5.1)** Antes de iniciar la fase de mis conclusiones, considero importante el reflexionar acerca de un aspecto que no requiere llenar páginas con criterios o posiciones doctrinales o jurisprudenciales y es el hecho comprobado de que las infracciones de HP Brokers SRL **no pueden ser actualmente enmendadas ni corregidas ni existe la posibilidad de retroceder en el tiempo para que pudiera enmendarse la serie de incumplimientos y faltas de la Corredora.**

**5.2)** La Ley de Seguros es demasiado clara y taxativa cuando establece en su Art. 52 las diferencias entre infracciones leves, graves e infracciones insubsanables, siendo que para la configuración de las infracciones leves y graves las vulneraciones cometidas deben tener la posibilidad de 'enmendarse o subsanarse' **aspecto que no se presenta en las infracciones insubsanables las cuales no tienen posibilidad de corrección o enmienda.**

**5.3)** Los cargos 1 y 2 que fueran imputados contra HP Brokers SRL demostrados en la Resolución ASFI N° 086/2009, **no tienen posibilidad de ser enmendados o subsanados en la actualidad por cuanto ninguna acción que asumiera la Corredora podría retrotraer el tiempo y corregirse las faltas e ilegalidades cometidas.** Entonces, claramente nos encontramos frente a la comisión de infracciones insubsanables.

**5.4)** En cuanto al principio de proporcionalidad, se ha demostrado que el alcance que se le dio al mismo es incorrecto toda vez que **dicho principio no ha sido creado ni establecido en la doctrina ni en la jurisprudencia como una forma discrecional de disminuir o aminorar las sanciones, más por el contrario el principio de proporcionalidad apunta a que una infracción tenga la sanción correcta que la Ley establece.** En este caso, los hechos cometidos por HP Brokers SRL ingresan dentro del catálogo de infracciones **insubsanables** por lo que

corresponde aplicar la sanción **proporcional** a este tipo de infracciones que consiste en la revocatoria de la licencia de funcionamiento.

Inclusive, se ha logrado demostrar que la ASFI, demuestra una absoluta falta de proporcionalidad y coherencia jurídica en la calificación de las infracciones por cuanto los Cargos 1 y 2 sin lugar a dudas se concretan en aspectos absolutamente ilegales e irreparables (insubsanables) como ser el hecho de nunca haberse asesorado a mi persona ni a mi señora esposa actualmente fallecida acerca de los alcances de la Póliza N° 600055. Sin embargo ante la magnitud de estas infracciones la ASFI las cataloga como 'leves' y cuando su Autoridad se remite al Cargo 3 que radica en la simple falta de presentación de documentos considera esta infracción como 'grave', aspecto que no guarda asidero lógico.

**5.5)** Respecto a la tipicidad, se tiene demostrado que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **son de naturaleza insubsanable al no existir posibilidad o medio alguno de que en la actualidad se pueda enmendar o corregir las violaciones normativas en las que se ha incurrido**, lo cual significa que dichas infracciones están calificadas como insubsanables; y por otra parte, ante la evidencia de lo anterior, la sanción consagrada en la Ley es simple y llanamente la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Asimismo, la ASFI utiliza de forma errada para los Cargos 1 y 2 la calificación establecida por el Art. 16, parágrafo I, literal e), del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros que hace mención a la 'calidad de la información' que debe brindar una corredora; cuando en los hechos la infracción imputada versó siempre sobre la **falta de asesoramiento** a mi persona y a mi señora esposa acerca del contenido y alcance de la Póliza N° 600055 y no a una simple falta de 'calidad de la información' como pretende dar a entender la ASFI.

**5.6)** La ASFI no ha emitido fundamento razonado alguno o explicación que demuestre fehacientemente cuales son los motivos por los que los Cargos 1 y 2 puedan ser considerados como 'infracciones leves' y el Cargo 3 como 'infracción grave', es decir subsanables, situación que considero de vital importancia porque solo así podría sustentarse conforme a derecho la errada imposición de la sanción que no condice con los hechos y conductas llevados adelante por la Corredora.

**5.7)** La ASFI ingresa a vulnerar de manera directa el principio de Jerarquía Normativa toda vez que dio aplicación preferente (y errónea) al Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros dejando de lado los postulados obligatorios que establece la Ley de Seguros norma superior que debió haber sido aplicada a los



finde de la calificación de las infracciones y la imposición de la sanción correspondiente.

**5.8)** Solo basta formular unas cuantas preguntas a la ASFI para demostrar que las infracciones correspondientes a los Cargos 1 y 2 son insubsanables: ¿podrá HP Brokers SRL en la actualidad asesora a mi persona acerca de los alcances de la Póliza N° 600055 cuando dicha póliza dejó de tener vigencia en diciembre de 2001? ¿podrá HP Brokers SRL asesorar a mi señora esposa fallecida en abril de 2001 acerca de las implicancias de la Póliza N° 600055? ¿podrá HP Brokers SRL prestar en la actualidad algún tipo de asesoramiento a los asegurados y de esta manera retroceder el tiempo hasta el momento en que comercializó y utilizó la Póliza N° 600055? Sería interesante conocer una respuesta motivada y fundamentada a estas interrogantes.

**5.9)** Debe tomar en cuenta la ASFI que la estabilidad del mercado de seguros no parte por mantener a toda costa operando a las Corredoras, sino que nace a partir del concepto internacionalmente reconocido de mantener un mercado sano y con entidades que obren de buena fe bajo las reglas impuestas por el Estado. El precedente sentado por la ASFI de sancionar de manera benevolente y desproporcionada a HP Brokers SRL a pesar de semejantes violaciones normativas, es negativo y nefasto para el sector y el mercado por cuanto a futuro cualquier Corredora podrá entender que puede violar la Ley y las disposiciones reglamentarias administrativas e inclusive llegar a la comisión de infracciones insubsanables con la seguridad de que su sanción será aminorada y alejada de la Ley porque 'en un caso similar se actuó de esa manera'. Esto Señor Director Ejecutivo solo dañará al sistema y no le hará ningún bien a los usuarios quienes al final de cuentas merecemos la protección jurídica del Estado.

La lógica en un Estado de Derecho nos lleva a pensar que un ciudadano vale más que una empresa, extremo que no se ha visto reflejado en las decisiones de la ASFI.

Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, en aplicación de los Arts. 46, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su respetable y digna Autoridad emitir Resolución Administrativa expresa por medio de la cual **SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI N° 086/2009 y en su mérito **SE IMPONGA A HP BROKERS SRL LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO** al encontrarse comprobadas las infracciones **INSUBSANABLES** en las que ha incurrido la Corredora; **DEBIENDO ASIMISMO DISPONERSE LA AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA DE ERRORES Y OMISIONES O DE RESPONSABILIDAD CIVIL** de HP Brokers SRL.

**OTROSI 1°.** Se tenga presente que el plazo para interponer el Recurso de Revocatoria se computa a partir del día siguiente de la notificación con la Resolución que resolvió la solicitud de aclaración, complementación y enmienda.

**OTROSI 2°.** Nuevamente solicito se tenga presente que en la eventualidad en que HP Brokers SRL procediera a presentar Recurso de Revocatoria, el mismo no sea considerado y se rechace si no se procede previamente al pago de la sanción impuesta de conformidad con el Art. 47, parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27175.(...)

**OTROSI 5°.** En mi calidad de denunciante y directo interesado, solicito de ser el caso, se me notifique con el Recurso de Revocatoria que eventualmente fuera interpuesto por HP Brokers SRL, así como con todos los actos y actuaciones administrativas que se presenten con posterioridad.

**OTROSI 6°.** En caso de mi solicitud de certificación formulada en mi memorial presentado el 20 de agosto de 2009 acerca de a quienes corresponden las iniciales 'ASR/DAZ/EFE' y 'S.L.V.' 'C.M.C' contenidos en la Resolución ASFI N° 086/2009, corresponde expresar que mi persona tiene interés legítimo por cuanto a lo largo de este tiempo fui recusando sistemáticamente a varios funcionarios de la ex SPVS que en la actualidad al parecer continúan prestando servicios en la ASFI. Por ese motivo, y bajo el principio de probidad, imparcialidad y transparencia en la información mi persona tiene todo el derecho de saber qué funcionarios públicos han intervenido en el presente tema a los fines de conocer si los mismos no tienen impedimento legal alguno para actuar; por lo cual tengo a bien reiterar mi pedido de certificación acerca de las iniciales antes mencionadas..(...)"

### **3. ABSOLUCIÓN DE TRASLADOS DE RECURSOS DE REVOCATORIA**

#### **RESPUESTA A RECURSO DE REVOCATORIA DE HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.**

Mediante Memorial presentado el 14 de septiembre de 2009, Luís Artemio Lucca Suárez responde al Recurso de Revocatoria interpuesto por HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L., conforme a lo siguiente:

##### **"1. SOLICITA RECHAZO DE RECURSO DE REVOCATORIA**

Como es de conocimiento de la ASFI, el Art. 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 determina que 'Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen

perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión del mismo**, además de su interposición dentro del plazo hábil, **demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida(...)**'

Bajo esta normativa legal, y de la revisión del Recurso de Revocatoria presentado por HP Brokers SRL, se puede apreciar que **LA CORREDORA NO HA PROCEDIDO A DEMOSTRAR EL CUMPLIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN PECUNIARIA IMPUESTA POR LA RESOLUCIÓN ASFI N° 086/2009, LO CUAL DETERMINA QUE EL MENCIONADO RECURSO DEBA SER RECHAZADO.**

Asimismo, de la lectura del 'Otro sí Tercero' del memorial de Recurso de Revocatoria de HP Brokers SRL, se puede apreciar que la Corredora intenta, sin fundamento valedero alguno, que se disponga la suspensión de la Resolución ASFI N° 086/2009 con el único afán de no pagar la sanción pecuniaria impuesta; sobre lo cual me permito establecer lo siguiente:

De acuerdo al Art. 59, parágrafo II, de la Ley de procedimiento Administrativo, se tiene que los criterios para determinar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado radica en razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.

Revisada la solicitud de suspensión interpuesta por HP Brokers SRL, se puede advertir que dicha empresa no demuestra ni sustenta en qué medida el 'orden o interés público' podría verse afectado con el cumplimiento de la sanción impuesta por la Resolución ASFI N° 086/2009, más aún si se toma en cuenta que el pago de la sanción por parte de HP Brokers SRL en ningún momento colocaría en situación de riesgo o quiebra a esta Corredora la cual cuenta efectivamente con los fondos necesarios para cumplir con sus obligaciones económicas emergentes de la sanción impuesta por la ASFI.

De otro lado, no resulta ser atendible el argumento lastimero que aduce HP Brokers SRL cuando señala que 'tendrían que elegir entre pagar la sanción o cubrir los sueldos de su personal', por cuanto debe entenderse que toda empresa que se considere seria y responsable mantiene provisiones y reservas contables las cuales sirven para cubrir todas las obligaciones y contingencias que tuviera la empresa. Inclusive, debe notar su Autoridad que HP Brokers SRL desde hace muchos años atrás conocía perfectamente todas las incidencias del presente procedimiento sancionatorio por lo que, en su debido momento, debió tomar las provisiones contables del caso para afrontar la sanción ahora impuesta por la ASFI

y no pretender ahora actuar en burla del órgano regulador pretendiendo rehuir a su obligación de pago de la sanción impuesta.

En consecuencia, corresponde en derecho disponerse el **RECHAZO** del Recurso de Revocatoria presentado por la HP Brokers SRL al encontrarse evidenciado que no se ha dado cabal cumplimiento con el pago de la sanción impuesta por la Resolución ASFI 086/2009 y declararse **IMPROCEDENTE** la solicitud de suspensión del mencionado acto administrativo.

## **2) RESPONDE RECURSO DE REVOCATORIA**

Sin asumir la validez del Recurso de Revocatoria presentado por HP Brokers SRL por no haber cumplido la Corredora con el pago previo de la sanción impuesta por la Resolución ASFI N° 086/2009, y para el improbable caso en que se admitiera la impugnación revocatoria, tengo a bien efectuar las siguientes consideraciones:

### **2.1) RESPUESTA AL PRIMER AGRAVIO ARGUIDO POR HP BROKERS SRL**

Respondiendo al 'primer agravio' sostenido por HP Brokers SRL corresponde efectuar el siguiente análisis:

Resulta ser falso y contraproducente que la Corredora señale que 'el año 1998 no habría existido ninguna norma acerca de los seguros colectivos', toda vez (que) la Ley de Seguros data del 25 de junio de 1998, en su Art. 23, literales c) y e), ya instituyó clara y categóricamente las **OBLIGACIONES** a ser cumplidas por las Corredoras entre las cuales se encuentra **EL ASESORAR A LOS ASEGURADOS, DEBIENDO INFERIRSE QUE DICHO ASESORAMIENTO POR LÓGICA INVOLUCRA A LOS ASEGURADOS DE SEGUROS INDIVIDUALES O COLECTIVOS**, no siendo por tanto racional este argumento de la Corredora. Asimismo, en los períodos en los cuales la Corredora cometió las infracciones (enero de 2000 a 15 de abril de 2001), no solo la Ley de Seguros se encontraba vigente sino que existían de manera expresa actos administrativos que fueron violados flagrantemente por HP Brokers S.R.L., como ser el caso de la Resolución Administrativa SPVS IS N° 257 de 19 de junio de 2000 infringida por la Corredora según manifiesta la Resolución ASFI N° 086/2009 (pág. 10).

Por otro lado, de forma mendaz y artera HP Brokers SRL se atreve a señalar artificialmente que 'en la Póliza N° 600055 se consignó como asegurado al Banco Santa Cruz S.A.'. extremo intolerable y que demuestra la mala fe y actitud delictiva de esta Corredora, por cuanto mi persona ha adjuntado desde un inicio la Póliza N° 600055, **(que me fuera entregada por el propio Banco el mes de noviembre de 2001)** y que ha sido comercializada por Alianza Vida S.A. e

intermediada por HP Brokers SRL, la cual **CON MERIDIANA CLARIDAD DETERMINA QUE LOS ASEGURADOS SON LOS PRESTATARIOS DE CARTERA**' es decir, las personas que adquirieron créditos del Banco Santa Cruz S.A.

Además, no puede perderse de vista que la Póliza N° 600055 que originó mis denuncias y las investigaciones respectivas desde el año 2003 fue aquella en la que cabalmente se señaló que los asegurados eran **LOS PRESTATARIOS DE CARTERA** y no el Banco Santa Cruz S.A., **situación que se tiene plenamente comprobada con el informe SPVS/INF/N° 01/2008 y en la Resolución ASFI N° 085/2009 que sancionó a Alianza Vida S.A.**

- Es más, HP Brokers SRL **INGRESA EN UNA CONTRADICCIÓN MANIFIESTA CUANDO FALAZMENTE SEÑALA PRIMERO QUE 'EL ASEGURADO ERA EL BANCO SANTA CRUZ S.A.' Y POSTERIORMENTE INDICA QUE 'PIDIO AL BANCO LOS DATOS DE LOS PRESTATARIOS', ES DECIR SI EL ASEGURADO, SEGÚN HP BROKERS SRL ERA EL BANCO ¿PORQUÉ LA CORREDORA LE SOLICITABA LOS DATOS DE LOS PRESTATARIOS?**, pues por la sencilla razón de que **LOS VERDADEROS Y ÚNICOS ASEGURADOS DE LA PÓLIZA N° 600055 ERAN LOS PRESTATARIOS DE CARTERA Y NADIE MAS A QUIENES LA CORREDORA DEBIÓ ASESORAR EN SU MOMENTO SITUACIÓN QUE NO ACONTECIÓ.**
- Es irreal y artero que la Corredora señale que 'hizo todos los esfuerzos posibles para tratar de obtener la identidad de los asegurados pero ello no se pudo por el secreto bancario'; toda vez que como bien apunta la Resolución ASFI N° 086/2009 (pág.8) **NUNCA EXISTIO LA FIGURA EL SECRETO BANCARIO POR CUANTO EL SOLO HECHO DE REVELARSE LOS DATOS PERSONALES DE LOS PRESTATARIOS PARA PROPORCIONARLES EL ASESORAMIENTO DEBIDO, DE NINGUNA MANERA INGRESA DENTRO DE LOS ALCANCES DEL MENCIONADO SECRETO BANCARIO.**

Del mismo modo, se debe hacer notar que, con cabal criterio, la Resolución ASFI N° 086/2009 señaló también que '(...) de conformidad al Art. 23 inc. c) y e) de la Ley de Seguros, **el asesoramiento e ilustración de los asegurados se configura en una obligación directa de la Corredora** al ser esa una de sus funciones específicas la cual no puede ser traspasada a otra entidad (...)' (pág. 7).

En cuanto a la nota emitida por la ex Superintendencia de Bancos en la que pretende ampararse la Corredora, la misma al ser una simple misiva **QUE NI SQUIERA SE ENCUENTRA FIRMADA POR EL SUPERINTENDENTE** sino una simple funcionaria que no tiene competencia legal, no constituye acto administrativo alguno y tampoco puede contrariar lo resuelto en una Resolución Administrativa

de mayor jerarquía como lo es la Resolución ASFI N° 086/2009 que claramente sostuvo que **en este caso en particular NO EXISTIO SECRETO BANCARIO.**

Además, la misma Resolución ASFI N° 086/2009 (pág. 8) ha sido categórica al mencionar que '(...) la Corredora bien pudo haber puesto en conocimiento del órgano regulatorio correspondiente esta situación **en la oportunidad debida y desde la fecha en que se comenzó a comercializar la Póliza N° 600055'**

Es decir que queda claro que **DESDE QUE SE COMERCIALIZÓ LA PÓLIZA 600055 Y LA MISMA FUE INTERMEDIADA POR HP BROKERS SRL**, nunca se puso estos hechos en conocimiento oportuno del órgano regulador correspondiente no pudiendo pretender la Corredora liberarse de culpa con la nota cursada a la ex Superintendencia de Bancos del año **2003**, **POR CUANTO, REITERO, SU OBLIGACIÓN ERA LA DE ANOTICIAR ESTOS HECHOS DESDE QUE SE COMERCIALIZÓ LA POLIZA N° 600055 EL AÑO 1999** y no desde que la Corredora conoció mis denuncias en su contra el año 2003.

En cuanto a la Resolución Administrativa N° 564/2008 de 30 de enero a la que hace alusión la Corredora, la misma constituye una regulación específica la cual no es aplicable al presente caso bajo el principio de irretroactividad de las normas, **POR CUANTO DICHA RESOLUCION DATA DEL AÑO 2008 Y LAS VIOLACIONES NORMATIVAS DE LA CORREDORA SE SUSCITARON DESDE ENTRE EL AÑO 2000 Y 2001.**

Por último, respecto al tema relativo a la falta de pago de cuotas del crédito obtenido del Banco Santa Cruz S.A., considero que este aspecto no tiene relación alguna con el caso en análisis y solo constituye un intento desesperado de la Corredora de pretender desprestigiarme sin fundamento alguno habida cuenta que la validez del pago de las cuotas está siendo discutida en la jurisdicción penal a través de un proceso iniciado por mi parte contra el Banco Santa Cruz S.A. conforme consta en obrados.

En todo caso me parece falto de ética y una verdadera infamia que HP Brokers SRL haga alusiones respecto al pago de los créditos, por cuanto más debiera preocuparse la Corredora y sus propietarios por las infracciones **INSUBSANABLES** en la que ha incurrido al no haberle 'dado la gana' de asesorar a los asegurados conforme era su obligación. Y más aún debiera preocupar a esta nefasta Corredora la falta absoluta de orientación jurídica que tiene **por cuanto al haber adjuntado a su Recurso de Revocatoria una versión adulterada y sin registro de la Póliza N° 600055 donde se menciona al Banco Santa Cruz S.A. como 'asegurado'**,

**no hace más que incursionar en una comisión y reconocimiento de delitos penales.**

En consecuencia, los frívolos argumentos que esgrime la Corredora en su 'primer agravio' carecen de toda lógica y asidero fáctico y jurídico, por lo que corresponde rechazar los mismos.

## **2.2.) RESPUESTA AL SEGUNDO AGRAVIO ARGUIDO POR HP BROKERS SRL**

Respondiendo al 'segundo agravio' sostenido por HP Brokers SRL, corresponde efectuar el siguiente análisis:

La Corredora insiste una vez más en señalar que 'efectuó las gestiones necesarias acerca del secreto bancario'; sobre lo cual considero que ha quedado claro que **NUNCA EXISTIO LA FIGURA DEL SECRETO BANCARIO POR CUANTO EL SOLO HECHO DE REVELARSE LOS DATOS PERSONALES DE LOS PRESTATARIOS PARA PROPORCIONARLES EL ASESORAMIENTO DEBIDO, DE NINGUNA MANERA INGRESA DENTRO DE LOS ALCANCES DEL MENCIONADO SECRETO BANCARIO**, situación que fuera ratificada por la Resolución ASFI N° 086/2009 (pág. 8).

Asimismo, es oportuno reiterar que la Resolución ASFI N° 086/2009 expresó también que '(...) de conformidad al Art. 23 inc. c) y e) de la Ley de Seguros, **el asesoramiento e ilustración de los asegurados se configura en una obligación directa de la Corredora** al ser esa una de sus funciones específicas la cual no puede ser traspasada a otra entidad (...)'

 (pág. 7).

HP Brokers SRL repite nuevamente el ladino argumento por el que (según ellos) una carta de la ex Superintendencia de Bancos habría señalado que en este caso habría existido secreto bancario; sobre lo cual nuevamente debo expresar que **DESDE QUE SE COMERCIALIZÓ LA PÓLIZA N° 600055 Y LA MISMA FUE INTERMEDIADA POR HP BROKERS SRL, NUNCA SE PUSO ESTOS HECHOS EN CONOCIMIENTO OPORTUNO DEL ÓRGANO REGULADOR CORRESPONDIENTE** no pudiendo pretender la Corredora liberarse de culpa con la nota cursada a la ex Superintendencia de Bancos del año 2003, **POR CUANTO, REITERO, SU OBLIGACIÓN ERA LA DE ANOTICIAR ESTOS HECHOS DESDE QUE SE COMERCIALIZÓ LA PÓLIZA N° 600055 Y NO DESDE QUE LA CORREDORA CONOCIÓ MIS DENUNCIAS EN SU CONTRA,** conforme mencionó adecuadamente la Resolución ASFI N° 086/2009 (Pág. 8).

Del mismo modo, no debe quedar de lado que la pseudo nota en la que se ampara la Corredora, **QUE NI SIQUIERA SE ENCUENTRA FIRMADA POR EL SUPERINTENDENTE** sino por una simple funcionaria, no constituye acto

administrativo alguno y tampoco puede contrariar lo resuelto en una Resolución Administrativa de mayor jerarquía como lo es la Resolución ASFI N° 086/2009 que claramente sostuvo que **en este caso en particular NO EXISTIÓ SECRETO BANCARIO** y por ende no se configuró 'imposibilidad sobreviniente' alguna.

En el punto 3 del 'segundo agravio' argüido por HP Brokers SRL, se puede observar que la Corredora oficia como gratuita defensora de su cómplice Alianza Vida S.A. señalando que 'la emisión del certificado no fue posible por la aseguradora ya que el Banco no proporcionó los listados por el secreto bancario y porque no habría autorización de la ex SPVS'.

Respecto a este mendaz argumento, cabe remarcar que la Resolución ASFI N° 085/2009 (págs. 7 y 8) que sancionó a Alianza Vida S.A. determinó también la inexistencia de secreto bancario que adujo la aseguradora debiendo quedar claro que en ningún momento se mencionó el tema relativo a que supuestamente la ex SPVS 'ha emitido autorización' (¿?), situación novedosa que ahora esgrime la Corredora y no tiene asidero alguno ni relación con este caso.

En ese sentido, resulta ser impropio y deshonesto que la Corredora haga mención a la existencia de 'imposibilidad sobreviniente', cuando dicha figura jamás se presentó al no haber existido en ningún momento secreto bancario alguno, además que la Resolución ASFI N° 086/2009 señaló claramente que '(...) de conformidad al Art. 23 inc. c) y e) de la Ley de Seguros, **el asesoramiento e ilustración de los asegurados se configura en una obligación directa de la Corredora** al ser esa una de sus funciones específicas la cual no puede ser traspasada a otra entidad (...)'.

En consecuencia, los superficiales argumentos que esgrime la Corredora en su 'segundo agravio' carecen de toda lógica y asidero fáctico y jurídico, por lo que corresponde rechazar los mismos.

### **2.3) RESPUESTA AL TERCER AGRAVIO ARGUIDO POR HP BROKERS SRL**

Respondiendo al 'tercer agravio' sostenido por HP Brokers SRL corresponde efectuar el siguiente análisis:

Como fuera determinado en la Resolución ASFI N° 086/2009 (pág. 11) el Art. 52 del Código de Comercio hace referencia a la conservación de libros y papeles establecidos en el Art. 51 del mismo Código, donde este último artículo (51) hace mención a la 'correspondencia y documentación contable'; y en este caso, **LA SPVS NO HA SOLICITADO A HP BROKERS SRL QUE PRESENTE NI CORRESPONDENCIA NI MUCHO MENOS DOCUMENTACIÓN CONTABLE** como para que esta Corredora



pretenda ampararse en los alcances del referido Art. 52 del Código de Comercio en cuanto al plazo para la conservación de dicha documentación.

De otro lado, y como bien apunta la Resolución ASFI N° 086/2009 (pág. 12), **LA CORREDORA DESDE UN PRINCIPIO HA CONOCIDO LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR MI PERSONA EMERGENTES DE LA PÓLIZA N° 600055 POR LO CUAL NO SERÍA COHERENTE AFIRMAR QUE HP BROKERS SRL NO CUENTA CON LA DOCUMENTACIÓN O INFORMACIÓN RELATIVA A ESTE CASO SI EL MISMO SE HA MANTENIDO Y SE MANTIENE AÚN VIGENTE.**

Lo que realmente ha acontecido en este punto ha sido simplemente el ocultamiento malicioso de documentación por parte de la Corredora para evitar que los órganos administrativos descubrieran la verdad histórica de los hechos.

Por otra parte, no existe prueba documental que acredite que la documentación que la ex SPVS requirió a la Corredora hubiera sido presentada en alguna oportunidad o inspección, siendo temerario entonces que se pretenda hacer creer que la mencionada documentación no entregada al órgano regulador cursa en sus archivos.

En consecuencia, los triviales argumentos que esgrime la Corredora en su 'tercer agravio' carecen de toda lógica y asidero fáctico y jurídico, por lo que corresponde rechazar los mismos.

### **3) SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

La palabra **INSUBSANABLE** significa todo aquello que no puede repararse o enmendarse y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad a alguno de sus miembros.

Debe tomarse en cuenta que a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, mi persona ha demostrado sin lugar a equivocaciones ni subjetivismos, que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **SON INSUBSANABLES** por cuanto las mismas no pueden ser corregidas en la actualidad y mucho menos enmendadas o subsanadas.

En ese sentido, corresponderá a la ASFI restituir el imperio de la legalidad e imponer a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL **LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO CONFORME ORDENA EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS**, más aún cuando se demuestra hasta qué punto de la ilegalidad llega esta Corredora cuando adjunta una versión adulterada y sin registro de la Póliza N° 600055.

Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, en aplicación del Art. 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su respetable y digna autoridad se **RECHACE** el Recurso de Revocatoria interpuesto por HP Brokers SRL y se declare **IMPROCEDENTE** la solicitud de suspensión de la Resolución ASFI N° 086.

En caso contrario, se tenga por respondido el Recurso de Revocatoria y en tal sentido se emita Resolución Administrativa expresa por la cual se disponga la revocatoria de la autorización de funcionamiento de HP Brokers SRL al haber incurrido en infracciones **INSUBSANABLES. (...)**”

### **ALEGATOS A RECURSO DE REVOCATORIA DE LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**

Mediante memorial presentado el 28 de septiembre de 2009, Hernán F. Osuna Arano, en legal representación de HP BROLKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L. respondió al Recurso de Revocatoria presentado por Luis Artemio Lucca Suarez en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

“**1.** Las partes que intervienen en un proceso, sea judicial o administrativo se encuentran legitimadas para interponer recursos, siempre que hubiesen sufrido agravio. En consecuencia, están facultados para el ejercicio de este medio y sólo en la medida del agravio. Al respecto el propio abogado del denunciante en su libro Recurso de Apelación (F. Ives Ortiz Zuñiga), pág. 107 afirma textualmente lo siguiente: ‘El vencedor en el juicio, en principio, no puede apelar porque carece de interés en impugnar una sentencia que le resulta favorable. Por ello se ha resuelto que el litigante a quien la sentencia de primera instancia satisface en todas sus aspiraciones, no puede instar el control de ella mediante el recurso de apelación, aún en el caso que la sentencia tenga fundamentos que no comparte el vencedor o que se hubiere pronunciado con omisión de otros fundamentos que haya propiciado...’. Lo que nos demuestra claramente que el señor Luis Artemio Lucca Suárez no tiene legitimidad para interponer el recurso de revocatoria, en razón a que esa resolución no le causa agravio alguno.”

**2.** En el caso que nos ocupa, Luis Artemio Lucca Suárez nunca fue asegurado, por lo que no puede interponer ningún recurso contra la Resolución pronunciada por su Autoridad.

**3.** Por otro lado, es importante dejar presente que la negativa de pago del siniestro (por el fallecimiento de la señora Ana María Arteaga de Lucca), se debió exclusivamente a la falta de pago de las cuotas mensuales tanto de la prima de seguro, como del crédito bancario, ya que dicha asegurada dejó de pagar por

más de ocho meses a la referida institución bancaria, por lo que no puede culpar a terceros por su propio incumplimiento

4. Por último es de conocimiento de su Autoridad, conforme a la propia prueba documental adjuntada por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, el pago del siniestro se encuentra aún en discusión ante un Tribunal Arbitral, quien definirá si hubo o no daño.

Todo lo anteriormente expuesto, que aún de confirmarse las infracciones descritas en la Resolución Administrativa ASFI N° 087/2009, esa supuesta infracción, de ninguna manera sería de carácter insubsanable.

#### **PETITORIO**

Por todo lo anteriormente expuesto, solicito a su Autoridad rechace el recurso de revocatoria interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez. (...)"

#### **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 312/2009 06 DE OCTUBRE DE 2009**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 397/2009 de 17 de noviembre de 2009 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de 11 de agosto de 2009, en base a los siguientes argumentos:

#### **"(...) CONSIDERANDO:**

Que, mediante Auto de 15 de septiembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, declara improcedente la solicitud efectuada por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., relacionada con la suspensión de la ejecución de la sanción establecida en la resolución ahora impugnada, otorgando un plazo de 5 días hábiles administrativos para el envío del correspondiente comprobante de depósito, disponiendo a la vez que la apertura de término probatorio común a las partes se encuentra supeditada al cumplimiento de la sanción pecuniaria.

Que, en fecha 28 de septiembre de 2009, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., mediante carta con Cite HP-83/09, envía a la autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el comprobante de depósito de la multa impuesta mediante Resolución ASFI N° 86/2009 de 11 de agosto de 2009.

Que, mediante Auto de fecha 29 de septiembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve conceder la apertura del término probatorio de cinco días hábiles administrativos, disponiendo a la vez que

*transcurrido el plazo mencionado y de conformidad a lo establecido en el artículo 50 parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, se pondrá a la vista el expediente administrativo por cinco días con el fin de que las partes tomen conocimiento de las pruebas aportadas y presenten los alegatos correspondientes.*

*Que, en fecha 8 de octubre de 2009, el señor Luis Artemio Lucca ofrece y produce pruebas, precisando los siguientes extremos: inexistencia del secreto bancario, falta de asesoramiento a los asegurados y la documentación presentada y utilizada por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.*

*Que, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. en fecha 13 de octubre de 2009, de manera extemporánea presentó sus pruebas, las mismas que son consideradas por este Organismo Fiscalizador, en base a lo establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo que determina que la Administración Pública investigara la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*

*Que, el citado escrito presentado por la Corredora hace referencia a los siguientes documentos: Escrituras Públicas N° 735/98, N° 954/99, N° 521/00 referentes a los contratos de línea de crédito, en los cuales existiría una declaración expresa sobre la póliza de desgravamen hipotecario. Una nota de Alianza Vida, a través de la cual dicha compañía establece que la señora Ana María Lucca incumplió con el pago de las primas de seguros. Acta Notarial de la declaración voluntaria de la señora Kantuta Mercedes Díaz en la que se demostraría que la Corredora hubiera capacitado a los oficiales de Crédito del Banco Santa Cruz S.A. y proporcionado, a (la) mencionada entidad bancaria, folletos ilustrativos sobre el seguro colectivo y el seguro de desgravamen hipotecario, Históricos de Créditos de los esposos Lucca – Arteaga que establecen que ingresaron en mora en todos sus créditos. Todas las Resoluciones que reglamentan el tipo de seguros de desgravamen serían posteriores a los créditos adquiridos por los esposos Lucca – Arteaga, por lo que la Corredora no habría incumplido ninguna normativa o reglamento alguno. Cartas dirigidas de la Corredora al Banco Santa Cruz S.A. solicitando los listados con nombres completos de los prestatarios, detalle de cada una de las operaciones y la prima cobrada. La carta emitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ratificando que la información solicitada por la Corredora se encontraría amparada por el Secreto Bancario. El informe SPVS IS DAD N° 596 de 28 de septiembre de 2004, por el cual se evidenciaría que HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL presentó a la ex SPVS toda la documentación necesaria.*

Que, mediante memoriales de fecha 19 de octubre de 2009, el señor Luis Artemio Lucca formula los alegatos correspondientes ratificando todos sus argumentos vertidos en el transcurso del proceso administrativo.

**CONSIDERANDO:**

Que, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, determina que “la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros al expresar que la póliza entró en caducidad por falta de pago y que técnicamente se encontraba sin cobertura, emitió una opinión sin tener la 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 del arbitraje**”.

Que, en ese sentido y de acuerdo a las consideraciones señaladas en la mencionada Resolución Jerárquica, la competencia de la ex SPVS, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se limita a investigar, analizar y sancionar las conductas que vulneren el ordenamiento jurídico, por lo que no corresponde realizar precisiones sobre los aspectos relacionados sobre el mencionado extremo

**CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 5 de la Ley de Seguros N° 1883 de fecha 25 de junio de 1998, define al Corredor de Seguros como una persona jurídica que realiza la actividad comercial de intermediar en seguros privados sin mantener vínculo contractual con ninguna entidad aseguradora.

Que, el artículo 19 de la citada Ley establece que son intermediarios de seguros los corredores de seguros, los cuales podrán actuar alternativamente como asesores en seguros.

Que, en fecha 16 de diciembre de 1999, mediante la Resolución Administrativa SPVS IS N° 390/99 la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobó la adecuación definitiva a la Ley de Seguros de la empresa HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., quedando habilitada para operar como corredora y asesora de seguros.

Que, se constituye una función inherente de las corredoras de seguros el prestar asesoramiento técnico a sus clientes. Por asesoramiento se entiende a la acción y efecto de asesorar o asesorarse. Este término hace referencia al consejo u

opinión que una persona da sobre un tema que conoce y que además tiene experticia.

Que, de conformidad al artículo 23 inciso c) y e) de la Ley de Seguros, el asesoramiento a los asegurados se configura en una **obligación directa de la Corredora** al ser esa una de sus funciones específicas, la cual no puede ser traspasada a otra entidad y menos a una entidad bancaria o a su personal por cuanto esas no son labores propias del giro comercial de un Banco.

Que, a tiempo de suscribirse los contratos de préstamos entre los esposos Lucca – Arteaga con el Banco Santa Cruz S.A., el asegurado era el Banco. Sin embargo, de la revisión de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055, único documento válido para determinar la calidad de las partes que han intervenido en ella, se puede advertir que la aseveración de la Corredora no es verídica, por cuanto la citada Póliza menciona como asegurados a los Prestatarios de Cartera y no al Banco Santa Cruz S.A.

Que, los períodos en los que se presentaron las infracciones a la normativa fueron de diciembre de 2000 al 15 de abril de 2001, fechas en las que se encontraban plenamente vigentes las normas de seguros colectivos a los que hace alusión HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL.

### **CONSIDERANDO**

Que, en lo referente al argumento presentada por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., sobre la imposibilidad del cumplimiento de la norma por impedimento sobreviniente, debido a que los esposos Lucca – Arteaga no levantaron el secreto bancario, se ha verificado que en la Póliza N° 600055 existe una contradicción ya que en la parte que se refiere a las 'CARACTERISTICAS DEL BIEN ASEGURADO' en su inciso A) se especifica que la 'MATERIA DEL SEGURO' radica en los '**PRESTATARIOS DEL BANCO SANTA CRUZ S.A. QUE FIGUREN EN LAS PLANILLAS MENSUALES DE SALDO INSOLUTO DE CAPITAL, SEGÚN NOMBRES Y NÚMEROS DE CREDITOS QUE SERAN PROPORCIONADOS POR EL BANCO MENSUALMENTE**', por otro lado en las condiciones especiales, segundo párrafo de la cláusula de garantía establece que 'EL UNICO RESPONSABLE DE CONTROLAR EL CÚMULO DE \$US. 500.000.00 POR PERSONA, POR VARIAS OPERACIONES CREDITICIAS SERA EL BANCO SANTA CRUZ S.A., EN VISTA QUE LOS LISTADOS QUE PROPORCIONA LA COMPAÑÍA, SON NUMÉRICOS Y NO NOMINADOS'.

Que, consiguientemente estos aspectos, no debieron limitar a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. para el cumplimiento de la normativa, más aún cuando las planillas de pago de prima contienen datos que identifican e

individualizan a un asegurado a través de un número de cliente e incluso el número asignado al crédito otorgado, por lo que el mencionado argumento no puede ser aceptado en el presente caso de autos.

Que, sobre la nota SB/AJB/D-45538/2003 de fecha 05 de agosto de 2003, a la cual hace referencia la Corredora debe notarse que la misma data del año 2003, lo cual evidencia que HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., durante la vigencia de la póliza de seguro hipotecario, no realizó gestión oportuna ante los órganos de regulación.

**CONSIDERANDO:**

Que, en relación a la no presentación de información requerida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, corresponde señalar que HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. desde un principio conoció las denuncias presentadas por el señor Luis Artemio Lucca Suárez emergentes de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055, por lo cual no sería lógico afirmar que la corredora no cuenta con la documentación o información relativa a este caso, con mayor razón si el reclamo se encuentra vigente.

**CONSIDERANDO:**

Que, en conformidad a lo establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, que establece que la Administración Pública debe investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige en el procedimiento civil, se evidencia que la Resolución ASFI N° 86/2009 de 11 de agosto de 2009, aplicó incorrectamente el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003, ya que las infracciones cometidas tienen una data anterior a la aprobación y vigencia del mencionado reglamento sancionatorio.

Que, el principio de ultractividad de la ley, desarrollado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 36/2005 de 07 de septiembre de 2005, está íntimamente ligado a que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la Ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio 'Tempus regit actus', que se traduce en que la normativa vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después.

Que el principio de irretroactividad, establecido en el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, determina que 'solo serán aplicables las

disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa.'

Que bajo ese contexto, es necesario analizar la aplicación del Reglamento de Sanciones en cada cargo:

### **CARGO 1**

De acuerdo a la nota de cargos, se tiene que: HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL, en cuanto a la ilustración y/o asesoramiento a los asegurados, los folletos presentados por la corredora no contienen material ilustrativo y/o de asesoramiento referente a: la vigencia del contrato de seguro, derechos, obligaciones del asegurado, pago del siniestro y de primas; conforme lo establece la normativa vigente. Así también, de lo informado acerca del funcionario permanente en las oficinas del Banco Santa Cruz S.A., quien se encargaba de orientar, asesorar e ilustrar a todos los asegurados, la corredora no proporcionó evidencia o documentos que acredite y/o avalen si los prestatarios del Banco Santa Cruz S.A., recibieron ilustración y asesoramiento sobre la Póliza N° 600055 de Seguro de Desgravamen Hipotecario. Por lo que, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL, habría incumplido los incisos c) y e) del artículo 23 de la Ley N° 1883 de fecha 25 de junio de 1998, que establecen lo siguiente: 'ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada o precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro' y 'Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones en particular en pago de siniestros y pago de primas'.

Que, esta norma no contempla una excepción para su cumplimiento, por tanto la Póliza No. 600055 de desgravamen hipotecario de 29 de enero de 2001, con vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, establece un periodo de vigencia que se inicia el 31 de diciembre de 2000, por lo que la corredora debió asesorar al asegurado – prestatario durante la vigencia del contrato de seguro.

Que, de la revisión del presente caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.A. datan de **diciembre de 2000**.

Que, la Resolución ASFI No. 086/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso e) del artículo 23 de la Ley de Seguros, aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros



aprobado mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha, era el contenido en la Resolución Reglamentaria No. 01/93 de 11 de noviembre de 1993 emitido por la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, mismo que tuvo vigencia hasta la emisión de un nuevo Reglamento aprobado en fecha 04 de abril de 2001, mediante Resolución Administrativa SPVS IS No. 153/01, que abroga expresamente la norma anterior.

## **CARGO 2**

La Resolución Administrativa SPVS – IS N° 257 del 19 de junio de 2000, en el penúltimo párrafo del artículo 3 establece: '(...) el cliente del corredor de seguros es el Asegurado, de acuerdo a las definiciones previstas en el artículo dos del presente reglamento, correspondiendo al corredor, asistir a su cliente en todo lo relacionado a las coberturas contratadas (...)'. En ese sentido los folletos presentados por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL, a objeto de acreditar que dicha empresa asistió en forma indirecta a los esposos Lucca, en lo relacionado a las coberturas del seguro, la corredora no presentó evidencia, que los asegurados señor Luis Artemio Lucca y Ana María Arteaga de Lucca recibieron dichos folletos ilustrativos y/o asesoramiento en materia de seguro, o que estos fueron entregados conjuntamente con el contrato de préstamo, por lo que durante el período de enero de 2000 al 15 de abril de 2001, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL habría incumplido con el penúltimo párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa N° 257 del 19 de junio del 2000'.

Que, de la revisión del caso de autos se evidencia que las infracciones, referidas a este cargo, cometidas por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. fueron realizadas en el periodo de diciembre de 2000 al 15 de abril de 2001.

Que, la Resolución ASFI No. 086/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 257 del 19 de junio de 2000, aplica erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/2003 de 24 de octubre de 2003, vulnerando de esta manera el principio de irretroactividad de la Ley.

Que en aplicación del principio de ultractividad, el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros vigente a esa fecha es el contenido en la Resolución Reglamentaria N° 01/93 de 11 de noviembre de 1993, emitido por la

Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, mismo que tuvo vigencia hasta la emisión de un nuevo Reglamento aprobado en fecha 04 de abril de 2001, mediante Resolución Administrativa SPVS IS N° 153/01, que abroga expresamente la norma anterior.

### **CARGO N° 3**

HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL, al no presentar la documentación solicitada mediante nota SPVS- N° 527/2008 de 30 de abril de 2008, en los puntos 1), 3), 4), 5) y 6), habría incumplido la instrucción emanada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por lo que es posible a la aplicación del reglamento de sanciones del sector de seguros, la misma que fue aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS N° 602 de 24 de octubre de 2003.

Que, de la revisión del caso de autos se evidencia que las infracciones cometidas por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL., con relación al presente cargo, fueron realizadas el año 2008.

Que, la Resolución ASFI No. 086/2009, para la determinación de las sanciones por incumplimiento a lo establecido en el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, y a la instrucción emanada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota SPVS-N° 527/2008, ha considerado el artículo 16 segundo párrafo inciso a) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS N° 602/03 del 24 de octubre de 2003, por lo que no se ha vulnerado el principio de irretroactividad de la Ley.

### **CONSIDERANDO**

Que, el principio de tipicidad, establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 23 de abril de 2002, determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Que la Resolución Jerárquica 32/2005 de 19 de agosto de 2005 desarrolla ampliamente el mencionado principio, estableciendo que '(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (*praeceptum legis*) y de la sanción (*sanctio legis*). El precepto es la orden de observar 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, nullapoena sine lege*', criterio aplicable

plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.'

Que bajo ese criterio jurídico, para realizar una correcta subsunción del supuesto fáctico se grafica el siguiente cuadro:

<b>CARGO</b>	<b>FECHA HECHO GENERADOR</b>	<b>PRAECEPTUM LEGIS</b>	<b>SACTIO LEGIS</b>	<b>CLASES DE INFRACCIÓN</b>
1	Diciembre de 2000	Ley de Seguros Art. 23 inciso e.	Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Reglamentaria de 01/93.	Artículo 5 parágrafo II: Los casos no previstos en este Reglamento, serán resueltos por el Superintendente conforme a criterios legales vigentes y al espíritu de este mismo Reglamento.
2	Diciembre de 2000	Resolución Administrativa SPVS – IS No. 257 del 19 de junio de 2000, artículo 3	Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Reglamentaria de 01/93	Artículo 5 parágrafo II: Los casos no previstos en este Reglamento, serán resueltos por el Superintendente conforme a criterios legales vigentes y al espíritu de este mismo Reglamento.
3	Año 2008	Requerimiento de información mediante nota SPVS N° 527/2008	Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Administrativa 602/03 de 24 de octubre de 2003.  Artículo 16 parágrafo II inciso a).	Infracciones Leves sancionadas con una multa a una suma no menor a 40.001 ni mayor a 80.000 UFV's. 'Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la SPVS o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente'

Que de lo explicado precedentemente y analizando la presente controversia, se puede determinar que hay una violación al ordenamiento administrativo.

Que, en relación a los cargos 1 y 2 en el que se aplica el Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Reglamentaria N° 01/93 de fecha 11 de noviembre de 1993, faculta a la Autoridad de Supervisión a imponer una sanción para los casos que no se encuentran previstos en el Reglamento.

Que, en el cargo 3 de la sanción se encuentra tipificada expresamente, correspondiendo a infracciones graves y no así a insubsanables de acuerdo a lo precedentemente desarrollado.

Que, de igual manera resulta necesario establecer que si bien la Ley de Seguros en su artículo 52 establece el tipo de infracciones y sanciones aplicables, empero también determina que las infracciones insubsanables serán sancionadas con la Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento, en los límites superiores o inferiores establecidos por Reglamento.

Que, el Reglamento de Sanciones de Seguros 602/2003, establece en su artículo 14 que la Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento se aplicará cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable de acuerdo a criterios prudenciales y al incumplimiento de obligaciones sancionables, de conformidad a lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Seguros.

## **CONSIDERANDO**

Que, la potestad sancionadora en materia administrativa, es una manifestación del iuspuniendi del Estado, la misma que se encuentra constreñida a los principios jurídicos generales que limitan su ejercicio.

Que, la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, es el instrumento que regula y norma la actividad aseguradora y reaseguradora en Bolivia, teniendo como principal objetivo garantizar la seguridad, solidez, solvencia y transparencia del mercado asegurador, buscando el correcto desenvolvimiento de las compañías, proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros, brindando al mismo tiempo a las compañías los lineamientos básicos y las condiciones a las cuales deberán someterse para el desarrollo de sus actividades.

Que, de conformidad al Art. 23 inciso c) y e) de la Ley de Seguros, el asesoramiento a los asegurados se configura en una **obligación directa de la Corredora** al ser esta una de sus funciones específicas, es decir que el

*asesoramiento se constituye una función inherente de las corredoras de seguros, no puede ser traspasada o delegada a otra entidad.*

*Que, bajo ese contexto, la Autoridad de Supervisión del Sistema de(sic) Financiero tiene la facultad de determinar y sancionar administrativamente las infracciones a la normativa que regula el sector de seguros, pudiendo en virtud de dicha facultad aplicar gradualmente las sanciones, sobre la base de parámetros objetivos.*

*Que, la discrecionalidad que ejerce la Administración Pública dentro de un marco previamente reglado, excluye cualquier posibilidad de decisión arbitraria, enmarcando el actuar del ente administrativo a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y buena fe.*

*Que, el establecimiento de sanciones por parte del Órgano Regulador se somete a diversos principios. En ese sentido, al establecer una sanción, se debe tener en cuenta: a) el principio de legalidad, b) el principio de tipicidad, c) ponderar adecuadamente la relación entre la sanción y la infracción cometida, a fin de que la sanción responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (principio de proporcionalidad).*

*Que en el conocimiento y tramitación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación de los hechos imputados y la resolución final.*

*Que, de acuerdo al Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Reglamentaria 01/93 de 11 de noviembre de 1993, determina en el artículo 5 parágrafo II que los casos no previstos en el Reglamento, serán resueltos por el Superintendente (Actualmente Director Ejecutivo) conforme a los criterios legales vigentes.*

*Que, de igual manera el artículo 13 del citado Reglamento señala que las sanciones previstas son aplicables a los intermediarios y auxiliares del seguro, respetando la analogía del caso.*

*Que, el artículo 8 parágrafo III señala que el monto de cada multa en particular no puede pasar del 1% del patrimonio de la empresa.*

Que, el Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Administrativa 602/03 de 24 de octubre de 2003, determina en su artículo 16 parágrafo II que son infracciones leves sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayo a ochenta mil (80.001) Unidades de fomento a la vivienda el incumplimiento a órdenes o instrucciones emanadas por el órgano competente.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante el Informe Legal ASFI/DAJ/R-56967/2009 de 13 de noviembre de 2009, ha concluido señalando que los argumentos esgrimidos en los memoriales del Recurso de Revocatoria presentados por el señor Luis Artemio Lucca y HP Brokers Corredores y Asesores de Seguro S.R.L., no desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución recurrida. Sin embargo, en cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo y a los principios de verdad material y debido proceso administrativo, se evidenció que en lo referido a la determinación de sanciones, se aplicó erróneamente el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa 602/03 de fecha 24 de octubre de 2003, correspondiendo aplicar el Reglamento de Sanciones vigente al momento de cometida la infracción, por lo que recomienda confirmar parcialmente la Resolución recurrida.(...)”

### **5. RECURSOS JERÁRQUICOS**

#### **5.1. LUIS ARTEMIO LUCCA**

Mediante Memorial presentado el 04 de diciembre de 2009, LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 397 de 17 de noviembre de 2009, argumentando lo siguiente:

“Habiendo sido notificado en fecha **1º de diciembre de 2009** con la Resolución ASFI No. 448/2009 de 30 de noviembre que resolvió mi solicitud de complementación de la Resolución ASFI N° 397/2009 de 17 de noviembre la misma que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución ASFI N° 086/2009; en plazo hábil y bajo la previsión de los Arts. 36, literal b), 37, 38, 52, 53, 55 y 59 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, tengo a bien interponer **Recurso Jerárquico** contra la señalada Resolución ASFI N° 397/2009 y Resolución Complementaria ASFI N° 448/2009 **ÚNICAMENTE en cuanto a lo que se refiere a la incorrecta calificación de las infracciones y a la imposición de la sanción aplicada a HP Brokers SRL**, en mérito a los siguientes fundamentos.

**INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN IMPUESTA**

La Resolución ASFI No. 086/2009, confirmada por Resolución ASFI No. 397/2009 y complementada por Resolución ASFI N° 448/2009; ha establecido a cabalidad y ratificado las sanciones que fueran atribuidas inicialmente a HP Brokers SRL, a través de una valoración razonada de las pruebas aportadas en el transcurso del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

**Sin embargo, cuando la ASFI ingresa nuevamente a efectuar las consideraciones acerca de la CALIFICACION DE LA INFRACCIÓN y la normativa jurídica QUE SUSTENTA LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN, se puede apreciar que SE HA INCURRIDO EN INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS.**

Para comprobar lo anterior, debemos partir previamente de un hecho cierto, verdadero y nunca desvirtuado el cual es que HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL **HA INCURRIDO EN INFRACCIONES DE NATURALEZA INSUBSANABLE**(extremo sobre el cual la ASFI no emite ningún pronunciamiento expreso en la Resolución ASFI No. 397/2009) y esta situación no es una simple apreciación personal sino que surge de los siguientes aspectos:

Las denuncias presentadas por mi persona y que sistemáticamente fueron omitidas de ser investigadas por la ex SPVS hasta la emisión del Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo, datan de gestiones en las cuales HP Brokers SRL **INCUMPLIÓ DE MANERA PERMANENTE Y REITERADA** los preceptos establecidos en la Ley de Seguros y normativa conexas, que hasta la fecha nunca corrigió ni enmendó.

**EL CARGO 1**, ratificado correctamente por la Resolución ASFI No. 086/2009, hace mención a que HP Brokers SRL en cuanto a la ilustración y/o asesoramiento de los asegurados utilizó folletos que nunca contuvieron material ilustrativo y/o de asesoramiento referente a la vigencia del contrato de seguro, derechos y obligaciones del asegurado, pago del siniestro y de primas, etc., además de **no existir demostración de que los prestatarios del Banco recibieron ilustración y asesoramiento sobre la Póliza N° 600055**. En ese contexto, cabe preguntarse: ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas proceder a ilustrar y asesorar de alguna manera tanto a mi persona **como a mi fallecida esposa** quienes fuimos asegurados en la Póliza No. 600055?, ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas asesorar tanto a mi persona como a mi señora esposa fallecida (asegurados) sobre algún aspecto de la Póliza No. 600055 cuando dicha póliza ya dejó de tener efectos en diciembre de 2001?; ¿podrá en la actualidad HP Brokers SRL

brindar alguna ilustración o asesoramiento sobre la Póliza N° 600055 a mi señora esposa (asegurada también) **que falleció** el 17 de abril de 2001? Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **HP BROKERS SRL NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER ILUSTRADO NI ASESORADO A MI PERSONA Y A MI SEÑORA ESPOSA ACERCA DE LAS SITUACIONES CORRESPONDIENTES A LA PÓLIZA No. 600055.**

**EL CARGO 2**ratificado correctamente por la Resolución ASFI No. 086/2009 comprobó que HP Brokers SRL **no asistió de manera directa ni indirecta a los esposos Lucca – Arteaga (asegurados) y tampoco se entregó ningún material ilustrativo ni mucho menos se asesoró de manera directa tanto a mi persona como a mi señora esposa fallecida;** sobre lo cual corresponde preguntarse lo siguiente: ¿podrá HP Brokers SRL a la fecha brindar asesoramiento o ilustración a mi señora esposa fallecida y a mi persona acerca de los alcances y estipulaciones emergentes de la Póliza N° 600055 y subsanar el hecho de no haber realizado el asesoramiento al que estaba obligado **el año 2001?** ¿podrá HP Brokers SRL en la actualidad asesorar a mi señora esposa fallecida acerca de los alcances y emergencias de la Póliza No. 600055 cuya vigencia concluyó el mes de diciembre de **2001?** ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas retrotraer el tiempo y efectuar el asesoramiento a mi persona y a mi señora esposa fallecida sobre la Póliza N° 600055 la misma que concluyó su vigencia en diciembre de 2001?. Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **HP BROKERS SRL NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER REALIZADO EL ASESORAMIENTO A LOS ASEGURADOS SOBRE LOS CONTENIDOS Y ALCANCES DE LA PÓLIZA No. 600055 EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA.**

De la breve relación antes efectuada, se puede apreciar de manera incontrovertible y sin lugar a dudas que **LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL SON INSUBSANABLES TODA VEZ QUE NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD** conforme se ha explicado precedentemente.

Ahora bien, habiendo quedado esclarecida la naturaleza de las infracciones en las que ha incurrido HP Brokers SRL, corresponde remitirnos al **ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS** (Norma legal de aplicación preferente) la cual determina los tipos de infracciones y sanciones a ser impuestas dentro de este mercado estableciendo lo siguiente:

**'INFRACCIONES Y SANCIONES.-** Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia:



## **INFRACCIONES**

**INFRACCIONES LEVES.** *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

**INFRACCIONES GRAVES.** *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

**INFRACCIONES INSUBSANABLES.** *Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

## **SANCIONES**

*De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas:*

**AMONESTACIÓN.** *Corresponderá a la comisión de una infracción leve.*

**MULTAS.** *Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave.*

**SUSPENSIÓN TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES.** *Corresponderá a la comisión de una infracción grave.*

**REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.** *Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento'.*

De la lectura anterior, se puede establecer de manera clara, concreta y sin lugar a subjetivismos o interpretaciones ambiguas que el Legislador, bajo el principio de reserva legal, ha diseñado y establecido el marco jurídico normativo sobre el cual los órganos regulatorios, de fiscalización o de supervisión del mercado de seguros deben actuar a tiempo de calificar las infracciones e imponer las sanciones, situaciones que se encuentran claramente identificadas en la Ley de Seguros **LA CUAL TIENE APLICACIÓN PREFERENTE BAJO EL PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA..**

Tal es el caso, que para graficar el contenido de las infracciones y sanciones administrativas **ESTABLECIDAS POR LEY** podremos remitirnos al siguiente cuadro, para facilidad de referencia:

<b><u>INFRACCIÓN</u></b>	<b><u>SANCIÓN</u></b>
<p><b>INFRACCIONES LEVES.</b> Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.</p>	<p><b>AMONESTACIÓN.</b> Corresponderá a la omisión de una infracción leve</p> <p><b>MULTAS.</b> Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave</p>
<p><b>INFRACCIONES GRAVES.</b> Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.</p>	<p><b>MULTAS.</b> Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave</p> <p><b>SUSPENSIÓN TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES.</b> Corresponderá a la comisión de una infracción grave</p>
<p><b>INFRACCIONES INSUBSANABLES.</b> Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros interesados.</p>	<p><b>REVOCATORIA DE LA AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO.</b> Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento.</p>

Como podrá apreciarse, la Ley de Seguros es diáfana cuando determina el catálogo de infracciones y sus respectivas sanciones (Art. 52).

Explicado lo anterior, en el caso que se analiza, **LA ASFI, AL CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN No. 086/2009 A TRAVÉS DE LA RESOLUCIÓN 397/2009 COMPLEMENTADA POR RESOLUCION ASFI N° 448/2009;INGRESA EN INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART.52 DE LA LEY DE SEGUROS** primero al mantener la calificación (tipificar) las infracciones como si se trataran de 'leves' para los cargos 1 y 2 y como 'grave' para el cargo 3 y segundo al ratificarse una sanción emergente de la mala calificación legal, conforme se pasa a demostrar:

Las 'Infracciones Leves' determinadas en el Art. 52 de la Ley de Seguros tienen origen cuando el incumplimiento a la normativa jurídica 'es enmendable o subsanable', donde no existe perjuicio a los asegurados.

En este caso en particular, se ha demostrado que las infracciones en las que ha incurrido HP Brokers SRL y que corresponden a los Cargos 1 y 2 son de carácter **INSUBSANABLE** por cuanto **no se pueden enmendar ni corregir en la actualidad, además de haber quedado establecido fehacientemente que ha existido un perjuicio para los asegurados (mi persona y mi señora esposa en la actualidad fallecida) puesto que esta Corredora nos privó del derecho legalmente impuesto de poder ser debidamente asesorados acerca de los alcances, contenidos y situaciones emergentes de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055.**

En tal sentido, no resulta ser correcto ni justo que ante la demostración inequívoca de que HP Brokers SRL **no asesoró a mi persona ni a mi señora esposa (actualmente fallecida)** se califiquen estas infracciones como 'leves' toda vez que las mismas revisten un carácter insubsanable.

En cuanto a las 'Infracciones Graves' insertas en el catálogo del Art. 52 de la Ley de Seguros corresponden cuando el incumplimiento a la normativa jurídica es 'enmendable o subsanable', situación que ha quedado demostrada **que no puede ser aplicable en el presente caso**, toda vez que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **no pueden ser enmendadas, corregidas o subsanadas.**

Precisamente, esa ha sido la determinación del Legislador cuando ha señalado, en el mencionado Art. 52 de la Ley de Seguros, lo siguiente: '**INFRACCIONES GRAVES**'. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros'

En ese contexto, la ASFI señala que las infracciones de HP Brokers SRL son 'leves' para los cargos 1 y 2 y 'graves' para el cargo 3, **SIN PERCATARSE QUE LAS MISMAS NO PUEDEN SER SUBSANADAS Y POR TANTO NO PODRÍA, BAJO NINGUNA FORMA JURÍDICA, EL PRETENDERSE CONSIDERAR COMO 'LEVES' Y "GRAVES" LAS INFRACCIONES QUE NO TIENEN POSIBILIDAD DE ENMIENDA O CORRECCIÓN**, lo cual comprueba el error de calificación legal de las infracciones.

Por su parte, las '**INFRACCIONES INSUBSANABLES**' contenidas también en el Art. 52 de la Ley de Seguros corresponden cuando los incumplimientos a la normativa jurídica '**no pueden ser enmendables ni subsanables**' y este aspecto ha quedado plenamente demostrado y corroborado en este caso a partir de que los cargos imputados a la Corredora y que fueran justificados y verificados **no son susceptibles de enmienda, corrección o subsanación**.

Es por ello que el Legislador ha sido preciso al indicar lo siguiente:

**'INFRACCIONES INSUBSANABLES**. Corresponderán al **incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales** como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros'

A partir de lo anterior, nuevamente debo señalar que existe la suficiente evidencia y sustento material que ha demostrado que **LAS INFRACCIONES DE HP BROKERS SRL NO PUEDEN SER ENMENDADAS, SUBSANADAS O CORREGIDAS**, de donde se extrae que la ASFI debió haber calificado dichas infracciones dentro de esta categoría jurídica (Infracciones Insubsanables) por cuanto, reitero, los ilícitos administrativos **no pueden ser en la actualidad subsanados, corregidos o enmendados**.

Bajo estas consideraciones, la errónea calificación legal de las infracciones a la que arribó la ASFI desembocó en que se impusiera a la Corredora **una sanción que no corresponde a la naturaleza correcta y acertada de dichas infracciones por cuanto ante la comisión de infracciones insubsanables solo queda la posibilidad legal de sancionarse con la revocatoria de la autorización de funcionamiento conforme al Art. 52 de la Ley de Seguros**.

En consecuencia, queda demostrado y corroborado que las conductas infractoras de HP Brokers SRL **SE ADECÚAN PERFECTAMENTE** en las previsiones del Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que se refiere a las '**INFRACCIONES INSUBSANABLES**' donde se manifiesta que: "Corresponderán al incumplimiento, **NO ENMENDABLE O SUBSANABLE** de las normas legales como resultado de culpa o

dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico **O PERJUICIO** a la misma **O A LOS ASEGURADOS**, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros", al haberse establecido legalmente que el alcance de las infracciones en las que incurrió HP Brokers SRL **NO PUEDEN SER EN LA ACTUALIDAD SUSCEPTIBLES DE ENMIENDA, CORRECCIÓN, RECTIFICACIÓN O SUBSANACIÓN.**

Debe remarcarse que la errónea aplicación de la Ley de Seguros parte también por un hecho por demás evidente **cual es la declaración expresa que la ASFI realiza en el tercer párrafo, pág. 13 de Resolución ASFI No. 086/2009 donde textualmente el órgano de supervisión indicó que '(...) las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo(...)' empero, y a pesar de existir reconocimiento expreso de que las infracciones **NO SE PUEDEN CORREGIR**(lo que determina lo insubsanable), la ASFI persiste extrañamente en que las infracciones son 'leves' y 'graves' y no 'insubsanables'.**

Del mismo modo, la ASFI incurre en vulneración de la Ley de Seguros cuando otorga aplicación preferente a simples Reglamentos de Sanciones aprobados por Resoluciones Administrativas para sustentar como 'leves' y 'graves' los ilícitos cometidos por la Corredora, a sabiendas de que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL. **SON INSUBSANABLES** sobrepasando el contenido de una Ley de la República en clara violación del principio de jerarquía normativa.

### **VIOLACIÓN ERRONEA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE TIPICIDAD**

Ingresando ahora en el análisis del Séptimo y Octavo 'Considerando' de la Resolución ASFI No. 086/2009 confirmada por Resolución ASFI N° 397/2009 en su Duodécimo y Decimotercero 'Considerando', se puede observar que la ASFI, al intentar forzada y equivocadamente sustentar y mantener las infracciones y la sanción impuesta contra HP Brokers SRL dentro de las categorías de 'leves' y 'graves', hace mención a los principios de proporcionalidad y de tipicidad, encontrándose claras falencias y contradicciones en la aplicación de dichos principios jurídicos.

Es así, que una vez más, me permito demostrar a continuación la existencia de violación y errónea aplicación de los principios precedentemente mencionados.

#### **2.1) SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La Resolución ASFI No. 086/2009, confirmada por Resolución ASFI N° 397, se basa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre la misma que señala lo siguiente:

'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"

Si aplicamos correctamente el contenido jurisprudencial antes mencionado **AL CASO EN PARTICULAR**, se puede apreciar que inclusive así se encuentra comprobado que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL son de naturaleza **INSUBSANABLE** y que la sanción aplicable debió ser la revocatoria de la autorización de funcionamiento por lo siguiente:

Según el parámetro **a)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que los hechos deben encontrarse previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable.

En el caso en particular, ha quedado por demás claro que los hechos, que se configuran en las conductas infractoras de HP Brokers SRL, **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE AL NO EXISTIR POSIBILIDAD MATERIAL DE QUE PUEDA CORREGIRSE O ENMENDARSE LAS ACCIONES IRREGULARES QUE FUERON LLEVADAS A CABO POR ESTA CORREDORA**, extremos que efectivamente se encuentran calificados como **INFRACCIONES INSUBSANABLES** en el Art. 52 de la Ley de Seguros **que constituye la norma aplicable**.

Según el parámetro **b)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado.

En el caso en particular, y luego de siete (7) años de negarse me la investigación de mis denuncias, se llega a emitir la Resolución ASFI No. 086/2009 la cual, según se tiene de su Quinto 'Considerando', **HA PROBADO Y DEMOSTRADO PLENAMENTE** la comisión de las infracciones por parte de HP Brokers SRL.

Según el parámetro **c)** de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina 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.

En el caso en particular, la ASFI incumple con este parámetro de proporcionalidad toda vez que **AL ENCONTRARSE DEMOSTRADO Y COMPROBADO** que HP Brokers SRL ha incurrido en infracciones **INSUBSANABLES** las cuales no se pueden corregir ni enmendar en el tiempo (hechos imputados), **OMITE ESTABLECER LA SANCIÓN ÚNICA Y LEGALMENTE APLICABLE QUE CORRESPONDE A ESTOS HECHOS** (responsabilidad exigida) que consiste en la revocatoria de la autorización de funcionamiento de acuerdo al Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que corresponde a las Infracciones Insubsanables.

Es más, **LA ASFI INCURRE EN UNA EVIDENTE DESPROPORCIONALIDAD** cuando califica como sanciones 'leves' los Cargos 1 y 2 y como 'grave' el Cargo 3, toda vez que **los Cargos 1 y 2 son consecuencia comprobada de la inexistencia de asesoramiento a los asegurados por parte de la Corredora, situación que nos generó perjuicios a los esposos Lucca – Arteaga y que además esta conducta no tiene posibilidad de ser enmendada o corregida;** empero y a pesar de ello, para la ASFI esto sería 'leve' (¿?); y contra toda lógica en derecho cuando se trata del Cargo 3 el cual hace referencia a la simple falta de presentación de documentos a requerimiento de la ex SPVS, la ASFI entiende que esta infracción 'es grave' (¿?). Este es un criterio difícil de comprender y que, ante la evidente falta de conocimiento jurídico de la ASFI, deviene por la ilícita aplicación mecánica, poco analítica y referente de Resoluciones Administrativas que contienen Reglamentos de Sanciones en lugar de aplicarse la Ley.

Entonces, no es concebible que se pretenda que los Cargos 1 y 2 **que demuestran un evidente perjuicio para los asegurados y que además son insubsanables** tengan una sanción tan benevolente bajo la categoría de 'leve' y para una falta de presentación de documentos se aplique una calificación y sanción 'grave', cuando a todas luces, reitero, las infracciones cometidas por HP Brokers SRL, para los Cargos 1 y 2, **son insubsanables.**

Esto evidentemente comprueba más bien una falta absoluta de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, alejado completamente del marco de la Ley de Seguros.

Asimismo, y a mayor abundamiento, si acudimos a la Jurisprudencia Comparada, tenemos que la **Corte Constitucional de Colombia** mediante Sentencia C-591/93, al hacer referencia al principio de proporcionalidad ha sostenido lo siguiente:

'La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. **En esa tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley (...)**. El juicio de proporcionalidad - **que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley** - 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'.

Utilizando este criterio jurisprudencial en el presente caso, se acredita nuevamente el error deplorable en el cual ha incurrido y persiste la ASFI al intentar, supuestamente, aplicar el principio de proporcionalidad para imponer una sanción extremadamente benevolente contra la Corredora, por cuanto es por demás claro que la Autoridad que aplica una sanción **SE ENCUENTRA OBLIGADA A IMPONER LA PENA CONSAGRADA EN LA LEY** de acuerdo al comportamiento del infractor, lo cual trasladado al presente caso deriva en que al ser **INFRACCIONES INSUBSANABLES** las que fueran cometidas por HP Brokers SRL. **LA SIMETRÍA CORRECTA DE LA SANCIÓN ES UNA SOLA: LA REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO CONFORME ESTABLECE EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS**; no quedando posibilidad de desviarse del sentido estricto que la Ley ha diseñado en cuanto a las sanciones por la comisión de infracciones insubsanables. Precisamente por ello, la Doctrina Administrativa ha entendido que el principio de proporcionalidad debe ser concebido 'como una eficaz herramienta en la lucha **contra la discrecionalidad de la Administración y contra su poder soberano para decidir la sanción fuera de los parámetros de la Ley**' (Quirós Lobo, José Mario, 'Principios del Derecho Sancionador', Editorial Comares, España, 1996)

Por ello, la propia Ley de Procedimiento Administrativo en su Art. 75 indica sin lugar a equivocaciones que 'El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas **no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas**': precepto legal que, aplicado también a este tema, deriva en que la ASFI con la equivocada sanción impuesta contra HP Brokers SRL no hace más que 'beneficiar' a esta Corredora **POR ENCIMA DE VERIFICAR OBJETIVAMENTE QUE LAS NORMAS VULNERADAS NI SIQUIERA A LA FECHA PUEDE SER CUMPLIDAS POR SER INSUBSANABLES**, lo que agrava inclusive la condición de HP Brokers SRL.



En consecuencia, resulta evidente que el principio de proporcionalidad (pésimamente utilizado por la ASFI) **NO ES UNA HERRAMIENTA PARA DISMINUIR SANCIONES O IMPONER AQUELLAS QUE MEJOR LE PAREZCAN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SINO PARA DETERMINARLAS DE ACUERDO A LA LEY**, lo cual en este caso, se traduce en que, se tiene abundantemente expresado y corroborado, que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **SON INSUBSANABLES** aspecto que, inclusive bajo el principio de proporcionalidad, da lugar a que se aplique la sanción correspondiente (para la categoría de infracciones insubsanables) cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento, al ser este el mandato categórico de la Ley.

## **2.2) SOBRE EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD**

Es importante en este punto remitirnos a la Jurisprudencia Administrativa utilizada por la Resolución ASFI N° 086/2009, confirmada por Resolución ASFI N° 397/2009, y propiamente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto la cual señaló lo siguiente:

*'(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (**praeceptum 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'.*

Bajo los parámetros anteriores, puede establecerse que el *praeceptum Legis* se encuentra conformado por las normas legales y administrativas que han sido infringidas por Alianza Vida, configurándose la conducta de esta compañía como **INSUBSANABLE. POR CUANTO, LAS VIOLACIONES NORMATIVAS EN LAS QUE HA INCURRIDO LA CORREDORA NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD.** Por su parte la *sanctio legis*, correspondiente a las infracciones **INSUBSANABLES** se halla ubicada en el Art. 52 de la Ley de Seguros que determina que la única sanción posible para la comisión de infracciones insubsanables es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Así, la ASFI incurre en una violación del principio de tipicidad, por cuanto **ES POR DEMÁS CONTUNDENTE QUE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE. NO CORREGIBLE NI ENMENDABLE Y EN ESE CASO LA**

**SANCIÓN CORRESPONDIENTE PARA ESTE TIPO DE INFRACCIONES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO CONFORME A LEY.**

**ADEMÁS DICHAS INFRACCIONES DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CORREDORA AL ART. 23, LITERALES C) Y E) DE LA LEY DE SEGUROS, QUE CONFIGURAN EL PRAECEPTUM LEGIS, EN CONSECUENCIA COMPROBADO QUE ESTAS INFRACCIONES SON INSUBSANABLES, LA SANCTIO LEGIS SE ENCUENTRA ESTABLECIDA EN EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS QUE INDICA QUE LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES SE SANCIONAN CON LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

Por tal motivo, es contradictorio que la ASFI a sabiendas de que las infracciones de HP Brokers SRL son insubsanables en el tiempo, pretenda utilizar normas relativas a las 'infracciones leves y graves' **Y MÁS AÚN SE APLIQUE REGLAMENTOS DE SANCIONES DEL SECTOR SEGUROS QUE SON SIMPLES RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, DEJÁNDOSE DE LADO LA OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN PREFERENTE DE LA LEY DE SEGUROS** bajo el principio constitucional de jerarquía normativa.

Inclusive, nótese la abierta violación al principio de tipicidad cuando la ASFI de manera indebida señala que para los cargos 1 y 2 se habrían infringido ciertos Reglamentos de Sanciones del Sector de Seguros, que no guardan relación con los hechos en los que incurrió la Corredora por cuanto ha quedado claro que los mencionados Cargos 1 y 2 de forma clara se refieren a que **HP BROKERS SRL NO ASESORÓ EN NINGÚN MOMENTO A MI PERSONA NI A MI SEÑORA ESPOSA FALLECIDA ACERCA DE LOS CONTENIDOS Y ALCANCES DE LA POLIZA N° 600055** violándose, entre otras normas, el Art. 23, literal c), de la Ley de Seguros que determina como obligación de las Corredoras 'ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro'. **Sin embargo, la ASFI en su Resolución ASFI N° 397/2009 califica este hecho dentro del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros Aprobado por Resolución Reglamentaria N° 01/93 'dejando al criterio de la Autoridad la aplicación de la sanción y las infracciones' obviando flagrantemente el uso preferente de los Art. 23, literales c) y e), y 58 de la Ley de Seguros.**

De todas maneras, y aún en el supuesto caso no admitido que la calificación de la infracción realizada por la ASFI fuera correcta, igual nos encontramos ante la comisión de infracciones insubsanables.

Es así que, para ratificar el incumplimiento de la ASFI a los preceptos y criterios antes señalados, la propia Resolución ASFI N° 086/2009 en el tercer párrafo, Pág.

13, ha señalado que '**(...) las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)**' situación que confirma que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL son **INSUBSANABLES**; empero, y a pesar de ello, el órgano regulador viola flagrantemente el principio de tipicidad calificando las infracciones e imponiendo sanciones bajo los criterios de incumplimientos 'leves' y 'graves'. Es un contrasentido alejado de la lógica y de la juridicidad que deja en completo estado de incertidumbre a mi persona (lesión a la seguridad jurídica) que la ASFI reconozca que las infracciones son insubsanables, y a pesar de ello, de manera contradictoria y sin fundamento alguno, se rehúse a imponer la sanción que la Ley establece para este tipo de infracciones cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

En otro orden de cosas, debe notarse la manipulación jurídica en la que incurre la ASFI cuando en la Resolución ASFI N° 397/2009 señala que '**(...) si bien la Ley de Seguros en su artículo 52 establece el tipo de infracciones y sanciones aplicables, empero también determina que las infracciones insubsanables serán sancionadas con la Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento, en los límites superiores o inferiores establecidos por Reglamento**'; por cuanto el referido Art. 52 de la Ley de Seguros en el acápite relativo a la 'Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento' señala que: '**Las infracciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento**'; **precepto que en ningún momento hace alusión específicamente a que las infracciones insubsanables deban ser sancionadas bajo 'rangos' máximos o mínimos de acuerdo a reglamentos**; sino que se constituye en un precepto genérico para **las infracciones que obviamente no tengan contempladas sanciones pecuniarias donde se presenta el único caso en el que se pueda contar con rangos 'máximos' o 'mínimos' para fijar la cuantía de la multa**; empero esta figura no puede ser aplicable a las infracciones insubsanables por cuanto, inclusive, absolutamente todos los Reglamentos de Sanciones prevén que ante la comisión de infracciones insubsanables **LA ÚNICA SANCIÓN ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS, ENTONCES MAL PODRÍA LA ASFI SEÑALAR O INDUCIR A QUE SE PIENSE QUE LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES 'TIENEN RANGOS MÁXIMOS O MÍNIMOS PARA SER SANCIONADOS' POR CUANTO ESTA SITUACION SIMPLE Y LLANAMENTE NO EXISTE.**

Del mismo modo, la Resolución ASFI N° 397/2009, intentando justificar el antijurídico proceder de la ASFI, menciona que '**(...) EL Reglamento de Sanciones de Seguros 602/2003, establece en su artículo 14 que la Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento se aplicará cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable de acuerdo a criterios prudenciales y al incumplimiento de obligaciones**

sancionables (...)' . Esta aseveración de la ASFI es completamente confusa por cuanto el pseudo fundamento del regulador se ampara en el 'Reglamento de Sanciones de Seguros 602/2003' **norma que la propia ASFI ha determinado que no puede aplicarse para los Cargos 1 y 2 (por eso se confirmó parcialmente la R.A. 086/2009)**, entonces se torna contraproducente que la ASFI, cuando le conviene, se ampare en un Reglamento de Sanciones cuya vigencia para los Cargos 1 y 2 (que se consagran en las infracciones insubsanables) **ha sido declarada improcedente en la Resolución ASFI N° 397/2009 y por ello precisamente se confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 086/2009.**

Asimismo, según la ASFI las sanciones por la comisión de infracciones insubsanables estarían supeditadas a 'criterios prudenciales' (¿?). Sobre este argumento, simplemente basta señalar que **en ningún momento el órgano regulador ha fundamentado ni exteriorizado cuales serían los 'criterios prudenciales' que tiene para no aplicar la sanción prevista por Ley cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento;** y por otro lado, la ASFI persiste en otorgar preferencia a un simple Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Administrativa en lugar de aplicar la Ley de Seguros misma que claramente especifica que, de evidenciarse la comisión de infracciones insubsanables, la única sanción preestablecida normativamente es la revocatoria de la autorización de funcionamiento, no existiendo 'criterios prudenciales' para tal determinación.

### **3) VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA**

Como es de conocimiento de su Autoridad, la jerarquía normativa, a la cual se le atribuye la categoría de 'principio', se trata de una noción básica estructural del derecho que establece la preferencia de aplicación de las normas jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico determinado donde se tiene en la escala principal a la Constitución, seguida por la Ley y posteriormente el resto de las normas.

En nuestro medio, el principio de jerarquía normativa se encuentra inserto en el Art. 410, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado que manifiesta: '**La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía (...) 1.- Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales**, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena. **4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes**'. Por su parte, el Art. 4, literal h), de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que 'La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: **h) Principio**

**de Jerarquía normativa:** La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, **observarán la jerarquía por la Constitución Política del Estado y las leyes'**

En ese contexto, la Jurisprudencia nacional ha sostenido lo siguiente:

'(...) por tanto, **un precepto vulnera su contenido** cuando pretende en forma expresa suplantar dichos principios de una de las siguientes formas: i) disponer lo aplicación de una ley u otra norma de inferior jerarquía con preferencia a la Constitución Política del Estado; y ii) **que una norma inferior sea aplicada en detrimento de una de rango superior, así; que un decreto determine su aplicación con predilección a una ley, y sucesivamente'** (Sentencia Constitucional 022/2006 de 18 de abril).

'Que, uno de los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático de Derecho es el principio de jerarquía, el cual consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional; **de manera que una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango'**. (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 13/2003 de 14 de febrero).

- El principio de jerarquía normativa consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima la ocupa la Constitución como principio, origen y fundamento de las demás normas jurídicas. Este principio implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad **con la cual, una norma situada en rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango**. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se halla la Constitución Política del Estado ' (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 75/2006 de 05 de septiembre).

Con la explicación antes desarrollada, se pasa a demostrar la violación al principio de jerarquía normativa en la que ha incurrido la ASFI:

Inicialmente, la Resolución ASFI No. 086/2009, apartándose de la Constitución Política del Estado, dio aplicación preferente al Reglamento de Sanciones del Sector Seguros (Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003) inobservado que en este caso la aplicación predominante para la calificación de infracciones e imposición de sanciones se encuentra contenida **EN EL ART. 52 DE**

**LA LEY DE SEGUROS** norma que es **PRIVILEGIADA** en cuanto a su empleo **AL ENCONTRARSE POR ENCIMA DE UNA SIMPLE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA** que se encuentra al final del orden jurídico escalonado previsto por nuestra Norma Fundamental.

Posteriormente, la Resolución ASFI No. 397/2009 incurre nuevamente en la misma violación expresa a la Constitución Política del Estado cuando, al pretender revisar la normativa que sustentaría las infracciones y sanciones de naturaleza 'leve' y 'grave' - según la ASFI -, se utilizan los Reglamentos de Sanciones aprobados por Resoluciones Administrativas 01/93, 602/2003 y otros, **LOS CUALES SE ENCUENTRAN POR DEBAJO DE LA LEY DE SEGUROS.**

Ahora bien, el nexo de causalidad en cuanto a la violación del principio de jerarquía normativa se presenta a partir de que todas y cada una de las infracciones que han sido imputadas contra HP BROKERS SRL **SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE**, situación que ha sido, inclusive, ratificada por la ASFI en la Resolución ASFI No. 086/2009 (tercer párrafo de su Pág. 13) donde señaló que **'(...) las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)'**. En ese sentido, el órgano de supervisión **A SABIENDAS** de la configuración **INSUBSANABLE** de las infracciones cometidas, en lugar de aplicar el Art. 52 de la Ley de Seguros en lo relativo a las **'INFRACCIONES INSUBSANABLES'**, se dedica a utilizar normas infra legales para persistir con el desacertado criterio de sostener, a toda costa y sin fundamentos jurídicos, que las infracciones son de naturaleza 'leve' y 'grave' cuando en los hechos, y por lo ampliamente explicado, se ha demostrado de manera incontrovertible que las infracciones en las que ha incurrido HP Brokers SRL son **INSUBSANABLES** lo cual, de acuerdo a la **LEY DE SEGUROS**, debió dar lugar a que se aplique la sanción de **REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO** de esta compañía.

#### **4) RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA ASFI ACERCA DE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

En este punto, es de suma importancia mencionar que la ASFI ingresa en una actitud por demás **EXTRAÑA E INEXPLICABLE** por cuanto, sin asidero jurídico alguno ha calificado las infracciones de HP Brokers SRL como si se trataran de 'leves' y 'graves' y por ende se impuso una sanción benevolente efectuándose una errada aplicación y violación a la Ley de Seguros, así como infracción categórica a los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad y jerarquía normativa; **y sin embargo, de la simple lectura del tercer párrafo, pág. 13, de la Resolución ASFI No. 086/2009, se puede apreciar que el órgano de supervisión estableció que '(...)**

**las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)'.**

En efecto, en el punto **1)** del presente escrito se ha explicado que (de acuerdo a la Ley de Seguros) para la calificación de una infracción como 'leve' o 'grave' debe existir la posibilidad de que dichas infracciones sean 'enmendables o subsanables' lo cual no se ha identificado en el presentecaso por cuanto **LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL SON INSUBSANABLES Y ASÍ, EFECTIVA Y TAXATIVAMENTE, LO ENTENDIÓ LA ASFI CUANDO EN EL TERCER PÁRRAFO. PÁG. 13, DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 086/2009 EXPRESÓ QUE '(...) LAS INFRACCIONES COMETIDAS SON FALTAS QUE NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO (...)'** Y NO OBSTANTE DE ESTE RECONOCIMIENTO NO SE ADECUARON CORRECTAMENTE LAS INFRACCIONES COMO INSUBSANABLES Y PEOR AÚN NO SE IMPUSO LA SANCIÓN CORRECTA CUAL ES LA REVOCATORIA DELA AUTORIZACIÓN DEFUNCIONAMIENTO DE HP BROKERS SRL.

Entonces, y como la Autoridad Jerárquica podrá apreciar, es impreciso, ficticio e irreal que la ASFI califique las infracciones de HP Brokers SRL en la categoría de 'leves' y 'graves' **CUANDO LA MISMA ASFI HA DETERMINADO QUE DICHAS INFRACCIONES 'NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO'** lo cual, jurídicamente, comprueba que las conductas infractoras de la Corredora se encuentran inmersas en la previsión del Art. 52 de la Ley de Seguros **EN LA PARTE QUE SE REFIERE A LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES**, aspecto con el cual se ratifica la violación expresa (a) la Ley de Seguros y el claro desconocimiento a los principios de tipicidad y legalidad en los que ha incursionado el órgano de supervisión.

##### **5) SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE INFRACCIONES INSUBSANABLES**

Lapalabra **INSUBSANABLE** significa todo aquello que no puede repararse o enmendarse y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros.

A lo largo del presente escrito, mi persona ha demostrado sin lugar a equivocaciones ni subjetivismos, que las infracciones cometidas HP Brokers SRL **SON INSUBSANABLES** por cuanto las mismas no pueden ser corregidas en la actualidad y mucho menos enmendadas o subsanadas.

Sin embargo, fuera de la legalidad y la lógica común, la ASFI en la Resolución No. 086/2009 aclarada por Resolución ASFI N° 142/2009 y ambas confirmadas por Resolución ASFI N° 397/2009; se señala que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL serían de naturaleza 'leve' para los Cargos 1 y 2 y 'grave' para el

Cargo 3. **EMPERO PARA QUE DICHO ARGUMENTO SEA COHERENTE, CONVINCENTE Y RESPETE EL DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA, EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS, PUES LA ASFI DEBIERA SEÑALAR DE MANERA FUNDAMENTADA CÓMO ES POSIBLE QUE HP BROKERS SRL PUEDA ENMENDAR O CORREGIR LOS CARGOS 1 Y 2 SITUACIÓN QUE NO HA SIDO IDENTIFICADA Y SOBRE LO CUAL REQUIERO A LA UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS QUE SE EMITA UN PRONUNCIAMIENTO EXPRESO,** por cuanto de no obrarse así la determinación asumida por la Autoridad Administrativa para imponer una sanción errónea sería arbitraria.

Además, tampoco puede quedar al margen la confesión y reconocimiento expreso que la ASFI realizó en **EL TERCER PÁRRAFO. PÁG. 13, DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 086/2009 CUANDO DISPUSO QUE '(...) LAS INFRACCIONES COMETIDAS SON FALTAS QUE NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO (...)'; Y NO OBSTANTE ESTE RECONOCIMIENTO NO SE ADECUARON CORRECTAMENTE LAS INFRACCIONES COMO INSUBSANABLES Y PEOR AÚN NO SE IMPUSO LA SANCIÓN CORRECTA CUAL ES LA REVOCATORIA DELA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO** de HP Brokers SRL.

Precisamente por ello, ante la falta de consistencia y criterio jurídico de la ASFI, mi persona formuló Aclaración, Complementación y Enmienda a la Resolución ASFI No. 086/2009, **PARA QUE SE ME EXPLIQUE COMO SE PODÍAN SUBSANAR LAS INFRACCIONES DE HP BROKERS SRL**, extremo que fue respondido por la Resolución ASFI No. 142/2009 de forma inmotivada **Y QUE NUNCA AMERITÓ PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 397/2009;** no siendo cierto que la Resolución ASFI No. 086/2009 no contenga 'contradicciones o ambigüedades' porque de ser así la ASFI explicaría como se pueden subsanar o enmendar las infracciones cometidas por HP Brokers SRL para que las mismas puedan ser catalogadas como 'leves' y 'graves' y no como insubsanables.

## **6) CONCLUSIONES**

En virtud a lo precedentemente desarrollado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Antes de iniciar la fase de mis conclusiones, considero importante el reflexionar acerca de un aspecto que no requiere llenar páginas con criterios o posiciones doctrinales o jurisprudenciales y es el hecho comprobado de que las infracciones de HP Brokers SRL **no pueden ser actualmente enmendadas ni corregidas ni existe la posibilidad de retroceder en el tiempo para que pudiera enmendarse la serie de incumplimiento y faltas de la Corredora.**



La Ley de Seguros es demasiado clara y taxativa cuando establece en su Art. 52 las diferencias entre infracciones leves, graves e infracciones '**INSUBSANABLES**', siendo que para la configuración de las infracciones leves y graves las vulneraciones cometidas deben tener la posibilidad de 'enmendarse o subsanarse' **aspecto que no se presenta en las infracciones insubsanables las cuales no tienen posibilidad de corrección o enmienda.**

Los cargos 1 y 2 que fueron imputados contra HP Brokers SRL y demostrados en la Resolución ASFI N° 086/2009, **no tienen posibilidad de ser enmendados o subsanados en la actualidad por cuanto ninguna acción que asumiera la Corredora podría retrotraer el tiempo y corregirse las faltas e ilegalidades cometidas.**Entonces, claramente nos encontramos frente a la comisión de infracciones insubsanables.

En cuanto al principio de proporcionalidad, se ha demostrado que el alcance que se le dio al mismo es incorrecto toda vez que **dicho principio no ha sido creado ni establecido en la doctrina ni en la jurisprudencia como una forma discrecional de disminuir o aminorar las sanciones, más por el contrario el principio de proporcionalidad apunta a que una infracción tenga la sanción correcta que la Ley establece.**En este caso, los hechos cometidos por HP Brokers SRL ingresan dentro del catálogo de infracciones **insubsanables** por lo que corresponde aplicar la sanción **proporcional** a este tipo de infracciones que consiste en la revocatoria de la licencia de funcionamiento.

Inclusive, se ha logrado demostrar que la ASFI, demuestra una absoluta falta de proporcionalidad y coherencia jurídica en la calificación de las infracciones por cuanto los Cargos 1 y 2 sin lugar a dudas se concretan en aspectos absolutamente ilegales e irreparables (insubsanables) como ser el hecho de nunca haber asesorado a mi persona ni a mi señora esposa actualmente fallecida acerca de los alcances de la Póliza N° 600055. Sin embargo ante la magnitud de estas infracciones la ASFI las cataloga como 'leves' y cuando su Autoridad se remite al Cargo 3 que radica en la simple falta de presentación de documentos considera esta infracción como 'grave', aspecto que no guarda asidero lógico.

Respecto a la **tipicidad**, se tiene demostrado que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL **son de naturaleza INSUBSANABLE al no existir posibilidad o medio alguno de que en la actualidad se pueda enmendar o corregir las violaciones normativas en las que se ha incurrido**, lo cual significa que dichas infracciones están calificadas como insubsanables; y por otra parte, ante la evidencia de lo

anterior, la sanción consagrada en la Ley es simple y llanamente la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Asimismo, la ASFI vulnera el principio de tipicidad cuando utiliza de forma errada e ilegal, y en detrimento de la Ley de Seguros, ciertos Reglamentos de Sanciones aprobados por Resoluciones Administrativas pretendiendo calificar las infracciones y justificar la sanción; **CUANDO EN LOS HECHOS LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR LA CORREDORA DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO AL ART. 23, LITERALES C) Y E) DE LA LEY DE SEGUROS, QUE CONFIGURAN EL PRAECEPTUM LEGIS Y EN CONSECUENCIA, ESTANDO COMPROBADAS QUE ESTAS INFRACCIONES SON INSUBSANABLES, LA SANCTIO LEGIS SE ENCUENTRA ESTABLECIDA EN EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS QUE INDICA QUE LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES SE SANCIONAN CON LA REVOCATORIA DELA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

La autoridad Jerárquica debe observar la manipulación jurídica en la que incurre la ASFI cuando en la Resolución ASFI N° 397/2009 señala que '(...) si bien la Ley de Seguros en su artículo 52 establece el tipo de infracciones y sanciones aplicables, empero también determina que las infracciones insubsanables serán sancionadas con la Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento, **en los límites superiores o inferiores establecidos por Reglamento**'; por cuanto el referido Art. 52 de la Ley de Seguros en el acápite relativo a la 'Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento' señala que: '**las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento**': **precepto que en ningún momento hace alusión específicamente a que las infracciones insubsanables deban ser sancionadas bajo 'rangos' máximos o mínimos de acuerdo a reglamentos**; sino que se constituye en un precepto genérico para **las infracciones que obviamente no tengan contempladas sanciones pecuniarias donde se presenta el único caso en el que se pueda contar con rangos 'máximos' o 'mínimos' para fijar la cuantía de la multa**; empero esta figura no puede ser aplicable a las infracciones insubsanables por cuanto, inclusive, absolutamente todos los Reglamentos de Sanciones prevén que ante la comisión de infracciones insubsanables **LA ÚNICA SANCIÓN ES LA REVOCATORIA DELA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS, ENTONCES MAL PODRÍA LA ASFI SEÑALAR O INDUCIR A QUE SE PIENSE QUE LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES 'TIENEN RANGOS MÁXIMOS O MÍNIMOS PARA SER SANCIONADOS' POR CUANTO ESTA SITUACIÓN SIMPLE Y LLANAMENTE NO EXISTE.**

Del mismo modo, la Resolución ASFI N° 397/2009, intentando justificar el antijurídico proceder de la ASFI, menciona que '(...) el Reglamento de Sanciones de Seguros 602/2003, establece en su artículo 14 que la Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento se aplicará cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable de

acuerdo a criterios prudenciales y al incumplimiento de obligaciones sancionables (...)' . Esta aseveración de la ASFI es completamente confusa por cuanto el pseudo fundamento del regulador se ampara en el 'Reglamento de Sanciones de Seguros 602/2003' **norma que la propia ASFI ha determinado que no puede aplicarse para los Cargos 1 y 2 (por eso se confirmó parcialmente la R.A. 086/2009)**, entonces se torna contraproducente que la ASFI, cuando le conviene, se ampare en un Reglamento de Sanciones cuya vigencia para los Cargos 1 y 2 (que se consagran en las infracciones insubsanables) **ha sido declarada improcedente en la Resolución ASFI N° 397/2009 y por ello precisamente se confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 086/2009.**

Asimismo, según la ASFI las sanciones por la comisión de infracciones insubsanables estarían supeditadas a 'criterios prudenciales' (¿?). sobre este argumento, simplemente basta señalar que **en ningún momento el órgano regulador ha fundamentado ni exteriorizado cuales serían los 'criterios prudenciales' que tiene para no aplicar la sanción prevista por Ley cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento;** y por otro lado, la ASFI persiste en otorgar preferencia a un simple Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Administrativa en lugar de aplicar la Ley de Seguros misma que claramente especifica que, de evidenciarse la comisión de infracciones insubsanables, la única sanción preestablecida normativamente es la revocatoria de la autorización de funcionamiento, no existiendo 'criterios prudenciales' para tal determinación.

La ASFI no ha emitido fundamento razonado alguno o explicación que demuestre fehacientemente cuales son los motivos por los que los Cargos 1 y 2 puedan ser considerados como 'infracciones leves' y el Cargo 3 como 'infracción grave, es decir subsanables, situación que considero de vital importancia porque solo así podría sustentarse conforme a derecho la errada imposición de la sanción que no condice con los hechos y conductas llevadas adelante por la Corredora.

La ASFI ingresa a vulnerar de manera directa el principio de Jerarquía Normativa toda vez que dio aplicación preferente (y errónea) al Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros dejando de lado los postulados obligatorios que establece la Ley de Seguros norma superior que debió haber sido aplicada a los fines de la calificación de las infracciones y la imposición de la sanción correspondiente.

Así, se ha configurado una manifiesta violación al Art. 410, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado y al principio de jerarquía normativa por cuanto la ASFI, **A SABIENDAS DE QUE LAS INFRACCIONES DE HP BROKERS SRL SON INSUBSANABLES,** utiliza simples Reglamentos de Sanciones (Resoluciones Administrativas) por encima de la Ley de Seguros, con el único afán de persistirse, sin

razón alguna, en que las infracciones son de naturaleza 'grave' aspecto que ha sido desvirtuado plenamente.

Solo basta formular unas cuantas preguntas a la ASFI para demostrar que las infracciones correspondientes a los Cargos 1 y 2 son insubsanables: ¿podrá HP Brokers SRL en la actualidad asesorar a mi persona acerca de los alcances de la Póliza N° 600055 cuando dicha póliza dejó de tener vigencia en diciembre de 2001? ¿podrá HP Brokers SRL asesora a mi señora esposa fallecida en abril de 2001 acerca de las implicancias de la Póliza N° 600055? ¿podrá HP Brokers SRL prestar en la actualidad algún tipo de asesoramiento a los asegurados y de esta manera retroceder el tiempo hasta el momento en que comercializó y utilizó la Póliza N° 600055? Sería interesante conocer una respuesta motivada y fundamentada a estas interrogantes.

La ASFI no ha emitido fundamento alguno que demuestre que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL son de naturaleza 'leve' y 'grave' es decir (supuestamente) 'subsanales', situación que considero de vital importancia porque solo así podría sustentarse conforme a derecho la errada imposición de la sanción que no condice con los hechos y conductas llevadas adelante por la Corredora.

La ASFI **HA RECONOCIDO** expresamente que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL son de naturaleza **INSUBSANABLE** CUANDO EN EL TERCER PÁRRAFO DE SU PÁG. 13 HA SEÑALADO QUE '(...) las infracciones cometidas son faltas que no se pueden corregir por el transcurso del tiempo (...)'

situación que reafirma que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL son **INSUBSANABLES**, pero que, sin embargo y extrañamente, **NO HA DADO LUGAR QUE SE IMPONGA LA SANCIÓN QUE CORRESPONDE A ESTE TIPO DE INFRACCIONES QUE ES LA REVOCATORIA DELA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

El órgano jerárquico debe considerar que al ser insubsanales las infracciones cometidas por la Corredora, corresponde, además, el disponerse la afectación de la Póliza de Errores y Omisiones o de Responsabilidad Civil.

Debe tomar en cuenta el órgano jerárquico que la estabilidad del mercado de seguros no parte por mantener a toda costa operando a las Corredoras, sino que nace a partir del concepto internacionalmente reconocido de mantener un mercado sano y con entidades que obren de buena fe bajo las reglas impuestas por el Estado.

El precedente sentado por la ASFI de sancionar de manera benevolente y desproporcionada a HP Brokers SRL a pesar de semejantes violaciones normativas,

es negativo y nefasto para el sector y el mercado por cuanto a futuro cualquier Corredora podrá entender que pueden violar la Ley y las disposiciones reglamentarias administrativas e inclusive llegar a la comisión de infracciones insubsanables con la seguridad de que su sanción será aminorada y alejada de la Ley porque "en un caso similar se actuó de esa manera". Esto solo dañará al sistema y no le hará ningún bien a los usuarios quienes al final de cuentas merecemos la protección jurídica del Estado. Considero que si un órgano de regulación o supervisión se respeta a sí mismo, debe cumplir con la Ley y no tolerar este tipo de atropellos y actos ilegales como los que han sido cometidos por HP Brokers SRL.

### **PETITORIO**

Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, en aplicación de los Arts. 36, literal b), 37, 38, 52, 53, 55 y 59 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad remitir el expediente administrativo ante al órgano superior jerárquico el mismo que, efectuando una correcta compulsas y valoración de antecedentes, se servirá emitir Resolución Jerárquica expresa por medio de la cual, **pronunciándose en el fondo de la controversia, SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI No. 397/2009 (complementada por Resolución ASFI N° 448/2009) así como la Resolución ASFI No. 086/2009 rectificadas por Resolución ASFI No. 102/2009 en su mérito **SE IMPONGA A HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS SRL LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO O EN SU DEFECTO LA INTERVENCIÓN PARA LIQUIDACIÓN** al encontrarse comprobadas las infracciones **INSUBSANABLES** en las que ha incurrido la Entidad Aseguradora; debiendo asimismo disponerse la afectación de la póliza de errores y omisiones o póliza de responsabilidad civil.

**OTROSÍ 1º.** Se tenga presente que el plazo para interponerse el Recurso Jerárquico se computa a partir del día siguiente de la notificación con la Resolución que resolvió la solicitud de aclaración, complementación y enmienda (Resolución ASFI N° 448/2009)

**OTROSÍ 2º.** Solicito se considere que el presente Recurso Jerárquico se presenta **ÚNICAMENTE** en contra de la **INCORRECTA CALIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES** (como si fueran 'leves' y 'graves' cuando en realidad son 'insubsanables') y de la errónea **SANCIÓN** que se impuso contra HP Brokers SRL; debiendo mantenerse los demás aspectos relativos a la ratificación de los cargos imputados contra la Corredora.(...)"

## **HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.**

Mediante memorial presentado el 08 de diciembre de 2009, Hernán F. Osuna Arano en legal representación de HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 0397/2009 de 17 de noviembre de 2009 en mérito a los siguientes fundamentos:

### **"I. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE DEMUESTRAN LA PROCEDENCIA DEL PRESENTE RECURSO JERÁRQUICO.**

*A través de la Resolución objeto del presente recurso equivocadamente se rechazó el recurso de Revocatoria interpuesto por esta parte, ratificando las sanciones impuestas, y siendo dicha resolución lesiva paso a exponer los agravios causados:*

#### **PRIMER AGRAVIO.**

*Luis Artemio Lucca Suárez interpone denuncia contra HP Brokers S.R.L. argumentando que no fue asesorado de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación, su extensión.*

*En la Resolución objeto del presente recurso se establece que ésta Empresa cumplió los Inc. c) y e) del Art. 23 de la Ley de Seguros.*

*Al respecto cabe aclarar que ésta empresa en ningún momento incumplió el referido precepto legal, conforme se demuestra a continuación:*

**Cumplimiento del Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros:** El Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros, establece claramente que el asesoramiento puede ser realizado ya sea al ASEGURADO O AL TOMADOR, ya que dicho precepto utiliza la conjunción 'o' que significa o lo uno o lo otro, pero nunca ambos. En el caso presente el Banco Santa Cruz S.A. declaró que no tiene nada que reclamar contra la Empresa que represento, ya que éste fue debidamente ilustrado conforme al Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros. Por consiguiente, al haber sido ilustrado el Tomador (Banco Santa Cruz S.A.), la ilustración al asegurado era opcional y no obligatoria, quedando plenamente demostrado que la Empresa que represento cumplió a cabalidad lo establecido por el Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros.

*El Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros., establece lo siguiente:*

*'c) Ilustrar al **asegurado o tomador** del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión,*

verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro’.

**Cumplimiento del Inc. e) del Art. 23 de la Ley de Seguros:** El Inc. e) del Art. 23 de la Ley de Seguros, establece (que) era obligación (de) HP BROKERS SRL. Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas. Este hecho no fue denunciado, ni reclamado por el denunciante Luis Artemio Lucca Suárez, ya que la Empresa que represento asesoró a los mismos a través de un funcionario existente en el Banco Santa Cruz, y a través del propio Banco Santa Cruz S.A. quien era el Tomador del Seguro.

Es importante dejar presente que una entidad Bancaria por si sola no puede brindar asesoramiento por cuenta de una compañía aseguradora, a no ser que ésta se haya convertido en tomador del seguro, y a(l) ser tomador del seguro se encuentra plenamente facultada para asesorar a los demás asegurados, esto cuando se trata de seguro colectivo. Ejemplo: Cuando una familia adquiere un seguro familiar, se asesora al tomador (padre de familia) y este se encarga de hacer conocer y asesorar a los demás miembros de la familia.

Por otro lado, en la resolución objeto del presente recurso se afirma que las planillas de pagos de prima contienen datos que identifican e individualizan a un asegurado a través de un número de cliente e incluso el número asignado al crédito otorgado. Al respecto cabe aclarar que la Empresa que represento no tenía el sistema del Banco para determinar la identidad de los prestatarios, ya que como se dijo las planillas de pago solamente consignaban los números de crédito, más ningún dato que identifique a los prestatarios.

Los propios contratos de préstamos suscritos entre el Banco Santa Cruz S.A. y los prestatarios, demuestran claramente que los prestatarios fueron debidamente asesorados sobre el contrato de seguro. Otro hecho que demuestra que el denunciante y la señora Ana María Arteaga de Lucca fueron debidamente asesorados sobre el pago de primas, fue el hecho de que esta última autorizó el pago de primas a través de débito automático a ser realizado por el Banco Santa Cruz S.A.

El Inc. e) del Art. 23 de la Ley de Seguros, establece lo siguiente:

‘e) Asesora al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, **en particular en materia de siniestros y pago de primas**’

En consecuencia, se ha demostrado que la Empresa que represento tampoco incumplió el Inc. e) del Art. 23 de la Ley de Seguros.

En conclusión, debe diferenciarse la obligación establecida en el Inc. c) de la obligación establecida en el Inc. e) del Art. 23 de la Ley de Seguros: La obligación del Inc. c) es ejecutable antes de suscribirse el contrato de seguro, y la segunda es para una ejecución posterior a la suscripción del Contrato.

El cumplimiento de la obligación del Inc. c) quedo plenamente acreditada ya que el Banco Santa Cruz S.A. **en su calidad de tomador declaró que no tiene nada que reclamar contra la Empresa que represento.**

El cumplimiento de la obligación del Inc. e) quedo también demostrado, ya que cuando se generó el siniestro, esta Empresa brindó el correspondiente asesoramiento al señor Luis Artemio Lucca Suárez, así como también quedó demostrado el asesoramiento sobre el pago de primas que ya quese estableció el débito automático para dicho fin. También es importante dejar presente que para lograr el asesoramiento durante la vigencia del contrato se requiere la voluntad del asegurado, ya que si este no solicita el asesoramiento, la Empresa que represento no puede buscar de oficio a todos los asegurados para dicho fin. En el caso presente durante la vigencia del contrato de seguros, en ningún momento la señora Ana María Arteaga de Lucca, ni el señor Luis Artemio Lucca Suárez se aproximaron a la Empresa que represento a objeto de obtener asesoramiento o se les absuelva alguna consulta.

De igual forma la Resolución objeto del presente recurso no tomó en cuenta la declaración voluntaria brindada por la señora Kantuta Mercedes Díaz Montenegro, quien afirmó expresamente que tanto el Banco Santa Cruz S.A. en su calidad de tomador y un funcionario de la Empresa que represento estuvieron asesorando a todos los asegurados del Banco Santa Cruz S.A., hecho que demostró plenamente el cumplimiento de los Inc. c) y e) de la Ley de Seguros.

Por último no puede desconocerse el secreto bancario, toda vez que esta Empresa solicitó al Banco Santa Cruz S.A. los nombres de sus prestatarios, pero este se subsumió en el secreto bancario. Por otro lado, la empresa que represento solicitó tanto al Banco Santa Cruz S.A. como a la compañía aseguradora la emisión de los certificados, ya que la norma y (en) este caso el reglamento, no obliga al intermediario a emitir dichos certificados, siendo obligación de esta emisión la compañía Aseguradora. Pero también corresponde aclarar que la emisión de ese certificado no fue posible por la Compañía Aseguradora por dos aspectos: a) El Banco no proporcionó los listados con



nombres en ese período, por no contar con los mecanismos que levanten el secreto bancario que le permitan entregar los datos necesarios para el certificado, y b) la Compañía no pudo emitir los certificados por no haber recibido autorización por parte de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, hasta después del fallecimiento de la señora Ana María Arteaga de Lucca; y tampoco recibió del Banco los listados con nombres de los prestatarios.

Todo lo anteriormente expuesto, ha demostrado la existencia del secreto bancario y por ende la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento, y que ésta parte no violó norma legal alguna, menos aún incurrió en ninguna falta.

### **B. SEGUNDO AGRAVIO.**

En las primeras inspecciones que llevó a cabo la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, se solicitó a esta Empresa diferentes tipos de documentos, los cuales fueron entregados y muchos de ellos presentados en originales, hecho (que) se encuentra demostrado por los antecedentes cursantes en el presente proceso administrativo.

Empero debido a la nulidad de obrados se vuelve a llevar a cabo una nueva inspección, donde se vuelve a solicitar esos mismos documentos, ante ésta situación, la empresa que represento contestó que los mismos se encuentran en los antecedentes del proceso administrativo, empero por no haber podido presentar por segunda vez esos mismos documentos se sancionó a esta Empresa.

Nos preguntamos cómo puede sancionarse por la no presentación de documentos que ya cursaban en antecedentes. **En consecuencia, no es lógico que se nos sancione por la entrega de documentos que ya cursaban y cursan en los antecedentes del presente proceso administrativo. Aclaro que en la contestación a la solicitud de documentos, se le hizo mención que esa documentación ya fue entregada y cursaba en los antecedentes, lo que también demuestra que no correspondía la imposición de sanción alguna, ya que no se incurrió en falta o incumplimiento alguno. La contestación efectuada por esta parte no fue observada por la Superintendencia, entendiéndose que se aceptó que toda esa documentación se encontraba en los antecedentes del proceso, ya que la misma habría sido proporcionada en anteriores inspecciones, y más al contrario no podemos ser sancionados por un acto ya cumplido con anterioridad.**

### **II. PETITORIO**

Por todo lo anteriormente expuesto, y habiendo quedado demostrado que se ha determinado erróneamente el incumplimiento de normas legales, que se nos ha

causado agravios, y que ha existido una incorrecta interpretación de las normas legales, solicito se REVOQUE la **Resolución Administrativa ASFI N° 0397/2009 con fecha 17 de Noviembre de 2009**, desestimando y rechazando todos los cargos formulados contra esta empresa, dejando sin efecto las sanciones impuestas y disponiendo el archivo de obrados, por no haber esta Empresa incumplido norma legal alguna. (...)"

## **6. ABSOLUCIÓN DE TRASLADO DE RECURSOS JERÁRQUICOS**

### **RESPONDE RECURSO JERÁRQUICO DE LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**

Mediante memorial presentado el 14 de enero de 2010, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. responde al Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez en mérito a las siguientes consideraciones:

*"Habiendo sido notificado con el Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez, solicito a su Autoridad se sirva rechazar el mismo, y sea en mérito a los fundamentos de hecho y derecho que expongo a continuación:*

*El Art. 15 del D.S. N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, establece que:*

*'Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, **cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos**.'*

*De este precepto legal se establece claramente que cualquier persona puede impugnar contra una resolución, siempre y cuando esa resolución haya afectado sus derechos o intereses legítimos. En el caso que nos ocupa la Resolución impugnada por Luis Artemio Lucca Suárez de ninguna manera afecta los derechos o intereses legítimos de este, y siendo que dicha resolución no le afecta de manera alguna, carece de legitimidad para interponer cualquier recurso contra la misma.*

*Cabe aclarar que sus derechos serán dilucidados dentro el proceso arbitral que Luis Artemio Lucca Suárez sigue contra la empresa que represento, lo que demuestra que dentro la presente acción este no tiene ninguna legitimidad para reclamar o contradecir las decisiones de la Autoridad Administrativa.*

**Por todo lo anteriormente expuesto, corresponde a su Autoridad rechazar IN LIMINE el recurso jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez** contra la Resolución ASFI N° 448/2009 de 30 de Noviembre de 2009 y contra la Resolución ASFI N° 397/2009 de 17 de Noviembre de 2009.

En el supuesto e hipotético pero no consentido caso de que su Autoridad considere el recurso jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez, solicito se rechace el mismo, y sea en mérito a los fundamentos que se exponen a continuación:

Cabe aclarar que ésta parte ha demostrado que todos los asegurados del Ex Banco Santa Cruz S.A. fueron debidamente asesorados, ya que inclusive de la declaración notariada brindada por la señora KANTUTA MERCEDES DIAZ MONTENEGRO **afirmó expresamente que tanto el Banco Santa Cruz S.A. en su calidad (de) tomador y un funcionario de la Empresa que represento estuvieron asesorando a todos los asegurados del Banco Santa Cruz S.A., hecho que demostró plenamente el cumplimiento de los Inc. c) y e) del Art. 23 de la Ley de Seguros.**

Por otro lado, los contratos de préstamo firmados por la señora Ana María Arteaga de Lucca, demuestran plenamente que esta fue debidamente asesorada sobre las consecuencias de la falta de pago de primas, ya que esta estableció con el Banco Santa Cruz S.A. el débito automático para el pago de dichas primas.

**La improcedencia de pago del siniestro no se debió a ninguna falta de asesoramiento, sino se debió exclusivamente a que la señora Ana María Arteaga de Lucca, no figuraba en los listados de prestatarios asegurados ya que se encontraba en mora desde hacían más de seis meses antes de su fallecimiento, lo que significa que la procedencia del pago de siniestro se debió exclusivamente al no ser asegurados debido a ese incumplimiento,** ya que con la orden de débito automático, de haber habido dineros en su cuenta, el Banco se encontraba obligado a pagar esas primas, y al no existir dineros no se realizó nunca dichos pagos por cuenta de ellos. En consecuencia, no puede culpar a terceros por sus propios actos de incumplimiento voluntario.

Tanto la ASFI como el recurrente han interpretado erróneamente lo expresamente establecido en los incs. c) y e) del Art. 23 de la Ley de Seguros, ya que:

El Inc. c), claramente establece que se debe ilustrar al asegurado o tomador, ya que dicho precepto **utiliza la conjunción 'o' que significa o lo uno o lo otro, pero nunca ambos.** En el caso presente el Banco Santa Cruz S.A. declaró que no tiene

nada que reclamar contra la Empresa que represento, ya que este fue debidamente ilustrado conforme al Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros. Por consiguiente, al haber sido ilustrado el Tomador (Banco Santa Cruz S.A.), la ilustración al asegurado era opcional y no obligatoria, quedando plenamente demostrado que la Empresa que represento cumplió a cabalidad lo establecido por el Inc. c) del Art. 23 de la Ley de Seguros.

En cambio el Inc. e) del Art. 23 de la Ley de Seguros establece (que) era obligación de HP BROKERS SRL asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas. Este hecho no fue denunciado, ni reclamado por el denunciante Luis Artemio Lucca Suárez, ya que la Empresa que represento asesoró a los mismos a través de un funcionario existente en el Banco Santa Cruz, y a través del propio Banco Santa Cruz S.A. quien era el Tomador del Seguro. Además de que los contratos de préstamos fueron firmados por la señora Ana María Arteaga de Lucca, demuestran plenamente que esta fue debidamente asesorada sobre las consecuencias de la falta de pago de primas, ya que esta estableció con el Banco Santa Cruz S.A. el débito automático para el pago de dichas primas. Por otra parte, la falta de pago (de las) cuotas del préstamo de dinero es de conocimiento público, general y obligatorio que causan consecuencias como en este caso la pérdida del derecho de estar asegurado, tal cual lo establece el Código de Comercio y la Ley 1883. Durante la vigencia de la póliza ni el denunciante, ni la señora Ana María Arteaga de Lucca, se apersonaron a la Empresa que represento a objeto de recibir algún asesoramiento, ya que era obligación de estos apersonarse ante nuestras oficinas o ante el Banco para tal fin. Por último, ante el fallecimiento de la señora Ana María Arteaga de Lucca, tal como se ha demostrado durante la tramitación de la causa, se brindó el asesoramiento correspondiente al señor Luis Artemio Lucca Suárez, pese a no tener este ningún derecho.

Todo lo anteriormente ha demostrado que la Empresa que represento no ha incumplido ninguna norma, menos aún ha incurrido (en) infracción alguna.

PETITORIO

Por todo lo anteriormente expuesto, solicito a su Autoridad se sirva rechazar el recurso interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez. (...)"

**RESPONDE RECURSO JERÁRQUICO DE HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.**

Mediante memorial presentado el 19 de enero de 2010 Luís Artemio Lucca responde al Recurso Jerárquico presentado por HP Brokers S.R.L, en los siguientes términos:

**“2) RESPONDE RECURSO JERÁRQUICO PRESENTADO POR HP BROKERS SRL**

*Habiendo sido notificado con el Recurso Jerárquico que fuera presentado por HP Brokers SRL contra la Resolución Administrativa ASFI N° 397/2009; en aplicación del Art. 46, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo tengo a bien responder al mismo en mérito a los siguientes fundamentos:*

**2.1) RESPUESTA AL PRIMER AGRAVIO ARGUIDO POR HP BROKERS SRL**

*Respondiendo al ‘primer agravio’ aducido por HP Brokers SRL, corresponde efectuar el siguiente análisis:*

HP Brokers SRL pretende atribuir un alcance distorsionado al precepto contenido en el Art. 23, literal c), de la Ley de Seguros cuando señala que dicho articulado establecería que el asesoramiento podía ser realizado al asegurado o al tomador ‘pero nunca a ambos’.

En efecto, la Corredora pretende dejar de lado la vigencia del Art. 38 de la Ley de Seguros la misma que expresa que **‘Todo asegurado, tomador o beneficiario de seguros, tiene derecho a una información clara, veraz y suficiente** sobre los productos y servicios ofertados por las entidades aseguradoras’ aspecto aplicable a los Corredores de Seguros por cuanto los mismos, al ejercer la labor de intermediación o corretaje, son directos responsables por brindar la información precisa y necesaria a los asegurados. Ahora bien, si efectuamos una **interpretación sistemática y teleológica** entre los Arts. 23, literal c), y 38 de la Ley de Seguros se puede determinar claramente que la obligación de asesoramiento no podría darse al asegurado y al tomador de manera conjunta cuando la misma persona ostente dichas calidades (es decir cuando la persona sea al mismo tiempo tomador y asegurado); sin embargo, si se encuentra evidenciado que el tomador y el asegurado **son sujetos diferentes**, entonces subsiste la obligación de asesoramiento **a cada uno de ellos** de manera separada e individual. Asimismo, tampoco se puede perder de vista la Resolución Administrativa SPVS IS N° 257 de 19 de junio de 2000 que en su Art. 3 expresa que **‘(...)el cliente del corredor de seguros es el Asegurado, de acuerdo a las definiciones previstas en el Art. dos(sic) del presente reglamento, correspondiendo al corredor asistir a su cliente en todo lo relacionado a las coberturas contratadas (...)’** (En el mismo sentido ver pág. 10 de la Resolución Administrativa ASFI 086/2009).

En consecuencia, queda demostrado que HP Brokers SRL incumplió con el mandato establecido en el Art. 23, literal c), de la Ley de Seguros.

De otro lado, y en cuanto al incumplimiento del Art. 23, literal e), de la Ley de Seguros, indica la Corredora que habría asesorado a mi persona y a mí fallecida esposa (asegurados) ' a través de un funcionario existente en el Banco Santa Cruz S.A. y a través del propio Banco Santa Cruz S.A. quien era el tomador del seguro'.

Respecto a lo anterior, la ASFI a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa N° 086/2009 de manera categórica y con adecuado fundamento señaló lo siguiente: 'Por otra parte y en lo relativo al 'asesoramiento indirecto' que menciona la Corredora(...) conviene mencionar que de conformidad al Art. 23 inc. c) y e) de la Ley de Seguros, **el asesoramiento e ilustración a los asegurados se configura en una obligación directa de la Corredora al ser esa una de sus funciones específicas, la cual no puede ser traspasada a otra entidad y menos a una entidad bancaria o a su personal**, por cuanto esas no son labores propias del giro comercial de un Banco' (ver último párrafo de la Pág. 7).

Entonces, sería aberrante que la Corredora, a sabiendas de que las obligaciones que le impone la Ley de Seguros son personales, pretenda argumentar que 'cumplió con sus deberes a través de personeros del banco', debiendo aclararse, además, que tampoco existió ningún tipo de 'asesoramiento indirecto' por parte del Banco o alguno de sus empleados.

Asimismo, HP Brokers SRL intenta nuevamente cubrir su conducta negligente mencionando que no tenía 'el sistema del Banco para determinar la identidad de los prestatarios'; y sin embargo **CONFIESA Y RECONOCE** de manera categórica que '(...) las planillas de pago solamente consignaban los números de crédito (...) ' lo cual nos conduce a remitirnos a la Resolución Administrativa ASFI N° 397/2009 lo cual, sobre el tema, indicó: '(...) **las planillas de pago de prima contienen datos que identifican e individualizan a un asegurado** a través de un número de cliente e incluso el número asignado al crédito otorgado, por lo que el mencionado argumento no puede ser aceptado en el presente caso de autos' (ver Pág. 7, segundo párrafo).

Entonces, las falacias vertidas por HP Brokers SRL caen por su propio peso cuando expresamente la Corredora, en su memorial de 7 de diciembre de 2009 (fs. 889), **CONFIESA Y ADMITE** que las planillas de pago consignaban los números de crédito; información suficiente que permitía a HP Brokers SRL cumplir con sus obligaciones, situación que no se presentó.

Por otra parte, resulta ser abtuso que HP Brokers SRL manifieste que mí persona y mi señora esposa (asegurados) 'fuimos debidamente asesorados sobre el pago de primas al haberse autorizado su pago por débitos automáticos según los contratos bancarios'; por cuanto el debido asesoramiento no parte simplemente por la forma de pago de

las primas establecidas en un contrato, sino por explicarse los vencimientos de las mismas, su pago mes adelantado o vencido, alcance de la cobertura del seguro según el pago de prima, etc., etc., aspectos que nunca fueron ilustrados y/o asesorados por la Corredora.

Además, es inconcebible que HP Brokers SRL de manera cínica y desvergonzada se atreva a señalar que 'en ningún momento la señora Ana María Arteaga de Lucca ni el señor Luis Artemio Lucca Suárez se aproximaron a la Empresa a objeto de tener asesoramiento', **TODA VEZ QUIE LA OBLIGACIÓN DIRECTA DE ASESORAR ES DE LA CORREDORA Y POR OTRO LADO LOS ASEGURADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO (POLIZA N° 600055) NUNCA TUVIMOS CONOCIMIENTO ALGUNO DE QUIEN ERA EL CORREDOR O ASEGURADOR INFORMACIÓN QUE RECIÉN FUE REVELADA CUANDO OCURRIÓ EL SINIESTRO DE MI SEÑORA ESPOSA** y cuyas pruebas cursan fehacientemente en el expediente administrativo.

En cuanto al 'secreto bancario' que una vez más aduce la Corredora; como bien apunta la Resolución ASFI N° 086/2009 (Ver Pág. 8) **NUNCA EXISTIÓ LA FIGURA DEL SECRETO BANCARIO POR CUANTO EL SOLO HECHO DE REVELARSE LOS DATOS PERSONALES DE LOS PRESTATARIOS PARA PROPORCIONARLES EL ASESORAMIENTO DEBIDO, DE NINGUNA MANERA INGRESA DENTRO DE LOS ALCANCES DEL MENCIONADO SECRETO BANCARIO.**

A lo anterior, debemos también agregar lo expresado en la Resolución Administrativa ASFI N° 397/2009 la cual, sobre este tema expresó: '(...) **las planillas de pago de prima contienen datos que identifican e individualizan a un asegurado a través de un número de cliente e incluso el número asignado al crédito otorgado, por lo que el mencionado argumento no puede ser aceptado en el presente caso de autos**' (ver pág. 7, segundo párrafo)

Del mismo modo, se debe hacer notar que, con cabal criterio, la Resolución ASFI N° 086/2009 señaló también que '(...) de conformidad al Art. 23 inc. c) y e) de la ley de Seguros, **el asesoramiento e ilustración de los asegurados se configura en una obligación directa de la Corredora** al ser esa una de sus funciones específicas la cual no puede ser traspasada a otra entidad (...)'

Finalmente, y respecto al falso argumento esgrimido por la Corredora que menciona la supuesta 'declaración voluntaria' de la señora Kantuta Díaz Montenegro, cabe destacar que HP Brokers SRL intenta nuevamente señalar que habría existido un 'asesoramiento indirecto' a los asegurados, cuestión que no solo es absolutamente falsa sino que, además, ha quedado claro que de acuerdo al Art. 23, numeral 1, literales c) y e), de la Ley de Seguros la **OBLIGACIÓN DE ASESORAMIENTO E ILUSTRACIÓN**

**ES UN ASPECTO QUE DEBIÓ CUMPLIRSE DE MANERA PERSONAL POR PARTE DE LA CORREDORA Y NO A TRAVÉS DE TERCERAS PERSONAS, DEL BANCO O DE SUS EMPLEADOS BANCARIOS.**

Adicionalmente, es menester indicar que la señora Kantuta Díaz Montenegro **ERA FUNCIONARIA DEL BANCO SANTA CRUZ S.A.**, lo cual nos conduce nuevamente a observar que esta funcionaria del Banco **NO TENIA POTESTAD ALGUNA PARA 'ASESORAR O ILUSTRAR' A LOS ASEGURADOS AL SER ESTA UNA OBLIGACIÓN PERSONAL Y DIRECTA DE LA CORREDORA Y NO DE TERCEROS.** Precisamente la documentación que comprueba estas mis argumentaciones se encuentra contenida en el memorial de 16 de octubre de 2009 presentado a la ASFI.

**2.2) RESPUESTA AL SEGUNDO AGRAVIO ARGUIDO POR HP BROKERS SRL**

Según menciona la Corredora, se habrían entregado diferentes tipos de documentos a la ex SPVS y que se los sancionó por no presentar documentación que ya cursaba en los archivos de la entidad.

Dicha aseveración es absolutamente falsa por cuanto la ex SPVS y la propia ASFI a tiempo de evaluar este cargo determinaron que HP Brokers SRL **no cumplió con la entrega de documentación a requerimiento del órgano regulador no siendo cierto que los papeles solicitados a la Corredora hubieran estado en poder de la ex SPVS por que de ser así pues HP Brokers SRL tendría la carga probatoria de entregar la nota por la cual se acredite la entrega de los documentos solicitados.**

En consecuencia, HP Brokers SRL no ha aportado ningún elemento de convicción que desvirtúe el cargo formulado por la ASFI el mismo que versa sobre la falta de presentación de documentación.

**SOBRE LA COMISIÓN DE INFRACCIONES INSUBSANABLES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL.**

Del análisis y valoración del procedimiento administrativo sancionatorio llevado a cabo se ha podido establecer de manera incontrovertible que HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL **HA INCURRIDO EN INFRACCIONES DE NATURALEZA INSUBSANABLES** lo cual puede ser verificado por los siguientes aspectos:

Las denuncias presentadas por mi persona y que sistemáticamente fueron omitidas de ser investigadas por la ex SPVS hasta la emisión del Informe SPVS/INF/N° 01/2008 de 30 de mayo, datan de gestiones en las cuales HP Brokers SRL **INCUMPLIÓ DE MANERA PERMANENTE Y REITERADA** los preceptos establecidos en la Ley de Seguros y normativa conexas, que hasta la fecha nunca corrigió ni enmendó.



**EL CARGO 1**, ratificado correctamente por la Resolución ASFI N° 086/2009, hacen mención a que HP Brokers SRL en cuanto a la ilustración y/o asesoramiento de los asegurados utilizó folletos que nunca contuvieron material ilustrativo y/o de asesoramiento referente a la vigencia del contrato de seguro, derechos y obligaciones del asegurado, pago del siniestro y de primas, etc, además de **no existir demostración de que los prestatarios del Banco recibieron ilustración y asesoramiento sobre la Póliza N° 600055**. En ese contexto, cabe preguntarse: ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas proceder a ilustrar y asesorar de alguna manera tanto a mi persona **como a mi fallecida esposa** quienes fuimos asegurados en la Póliza N° 600055?, ¿podrá HP Brokers SRL a estas alturas asesorar tanto a mi persona como a mi señora esposa fallecida (asegurados) sobre algún aspecto de la Póliza N° 600055 cuando dicha póliza ya dejó de tener efectos en diciembre de 2001?, ¿podrá en la actualidad HP Brokers SRL brindar alguna ilustración o asesoramiento sobre la Póliza N° 600055 a mi señora esposa (asegurada también) **que falleció** el 17 de abril de 2001? Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola: **HP BROKERS SRL NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER REALIZADO EL ASESORAMIENTO A LOS ASEGURADOS SOBRE LOS CONTENIDOS Y ALCANCES DE LA POLIZA N° 600055 EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA.**

Asimismo, el órgano jerárquico no puede dejar de lado que **DE LA LECTURA DEL TERCER PÁRRAFO, PÁG. 13, DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 086/2009**, se puede apreciar que la propia ASFI estableció que '(...) **LAS INFRACCIONES COMETIDAS SON FALTAS QUE NO SE PUEDEN CORREGIR POR EL TRANCURSO DEL TIEMPO (...)**, empero, curiosamente y a pesar de ello no se impuso la sanción legal correspondiente a las infracciones insubsanables cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento de la Corredora, aspecto que, bajo el principio de legalidad, debe ser corregido por la Unidad de Recursos Jerárquicos.

Así, de la breve relación antes efectuada, se puede apreciar de manera incontrovertible y sin lugar a dudas que **LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL SON INSUBSANABLES TODA VEZ QUE NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD** conforme se ha explicado precedentemente.

### **PETITORIO**

*Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito se emita Resolución Jerárquica expresa por medio de la cual, **pronunciándose en el fondo de la controversia, SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI N° 397/2009 (complementada por Resolución ASFI N° 448/2009) así como la Resolución ASFI N° 086/2009 rectificada por Resolución ASFI N° 102/2009; y en su mérito **SE IMPONGA A HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS SRL LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE***

**SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO O EN SU DEFECTO LA INTERVENCIÓN PARA LIQUIDACIÓN** al encontrarse comprobadas las infracciones **INSUBSANABLES** en las que ha incurrido la Corredora; debiendo asimismo disponerse la afectación de la póliza de errores y omisiones o póliza de responsabilidad civil. (...)"

### **EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS**

En fechas 16 y 24 de marzo de 2010, cumpliendo lo establecido por el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 y atendiendo las solicitudes de los recurrentes se llevaron a cabo las Exposiciones Orales de Fundamentos de HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L. y de LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ en las cuales ratificaron todos los argumentos expuestos en sus respectivos Recursos Jerárquicos.

### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y las exposiciones orales presentadas, por **HP BROKERS S.R.L. S.A.** y por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencias Sectoriales, hoy Autoridades de Fiscalización y Control, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación:

Los Recursos Jerárquicos planteados por los recurrentes presentan los siguientes agravios:

**Luis Artemio LuccaSuárez** alega que:

La ASFI no ha efectuado una aplicación correcta de la normativa del sector de seguros, toda vez que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL son de naturaleza insubsanable, por cuanto en la actualidad no pueden ser enmendadas ni corregidas y consecuentemente la única sanción que corresponde es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Solicita asimismo, se disponga la afectación de la póliza de errores y omisiones o póliza de responsabilidad civil.

**HP BrokersSRL**, por su parte, alega:

La ASFI ha interpretado erróneamente el Inc. c) del Art. 23 de La Ley de Seguros ya que dicho precepto utiliza la conjunción “o” que significa uno u otro, pero no los dos, es decir que la Corredora tenía la opción de ilustrar al tomador o al asegurado y así lo hizo cumplió con la norma y su obligación al haber ilustrado al tomador (Banco Santa Cruz S.A.).

HP Brokers SRL no ha incumplido el inciso e) del Art. 23 de la Ley de Seguros por cuanto los asegurados recibieron asesoramiento a través del propio Banco, a través de un funcionario existente en el Banco y a través de folletería no habiendo sido posible el asesoramiento directo por desconocimiento de la identidad de los asegurados debido a la existencia de secreto bancario.

No corresponde que HP Brokers SRL sea sancionado por la no entrega de documentación que ya fue entregada en su oportunidad y cursa en poder del ente regulador en calidad de antecedentes del proceso.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, en base a la consideración de los antecedentes que cursan en el expediente administrativo y de conformidad a la normativa aplicable al presente caso, es preciso establecer que la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo tiene por objeto: a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público; b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública; c) Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y d) Regular procedimientos especiales.

Que, la citada norma prevé que la Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, la Administración Pública se encuentra conformada por: a) El Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistemas de Regulación SIRESE, SIREFI y SIRENARE; y, b) Gobiernos Municipales y Universidades Públicas. II. Los Gobiernos Municipales aplicarán las disposiciones contenidas en la presente Ley, en el marco de lo establecido en la Ley de Municipalidades.

III. Las Universidades Públicas, aplicarán la presente Ley en el marco de la Autonomía Universitaria. IV. Las entidades que cumplan función administrativa por delegación estatal adecuarán necesariamente sus procedimientos a la presente Ley.

Que, en este sentido, la Ley N° 2341 en su artículo 27° señala: (ACTO ADMINISTRATIVO). Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la

Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

De igual manera, en su artículo 28º establece: (ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO). Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente; b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.; d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico; e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y, f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Que, el artículo 30º de la precitada Ley, establece: (ACTOS MOTIVADOS). **Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Resuelvan recursos administrativos;** b) Dispongan la suspensión de un acto, cualquiera que sea el motivo de éste; c) Se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos o de control; y, d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. (Las negrillas son nuestras)

Que ante este escenario, es preciso remitirnos a lo que la doctrina en materia de Derecho Administrativo prevé sobre la motivación y fundamentación de los actos administrativos:

En este sentido, Gabino Fraga define la motivación del acto administrativo señalando que: "...La motivación "es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad".

Por su parte, el doctor LORA, manifiesta que la administración tiene el deber de motivar algunos de sus actos, es decir, debe indicar además de su parte dispositiva (o contenido del acto en sentido estricto), una sucinta referencia de sus fundamentos fácticos y jurídicos. En los demás casos, las resoluciones contendrán la decisión adoptada. Cuando la motivación sea obligada y se omita o sea excesivamente genérica, el acto está afectado por un vicio formal, producirá su anulabilidad. Refiere

que “las alegaciones relativas a la motivación, en cuanto elemento formal, se examinan con carácter previo al fondo del asunto.

La profesora CABRERA CABANILLAS manifiesta que: “...Conforme la doctrina mayoritaria, estamos refiriéndonos en principio a la motivación de los hechos, que no es otra cosa que un instrumento para erradicar la Arbitrariedad del Poder y Fortalecer el Estado Democrático de Derecho. La motivación tendrá como finalidad la justificación de la Decisión Judicial, que es la conclusión de un Silogismo, que muestra la corrección del Razonamiento Lógico que conduce a la premisa mayor conformada por la norma y a la menor, por el hecho histórico, a la conclusión”.

Para el autor brasileño Alberto Ramón Real, la motivación de un acto va más allá de sólo ser eso, es “la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende [o cree] sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada”, por tal, debe ser llamada fundamentación. Continúa diciendo, el maestro argentino, que la motivación (o fundamentación) de un acto administrativo implica no sólo la exigencia de una formalidad, sino también la lucha por la abolición del absolutismo, régimen en el cual sobraba la resolución de un acto para ser válido, a pesar de ser totalmente arbitrario.

Por su parte, ORLANDO SANTOFÍMIO , citando a JOSSE RAND, señala que estudiar la motivación del acto administrativo implica “penetrar hasta la esencia misma del Derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos: (...) ya que los móviles [la motivación] no son otra cosa, sino los resortes de la voluntad, la cual, a su vez da vida al Derecho.”, por ello, el profesor citado, meritoriamente indica que “ las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo”. De igual manera, el Profesor Agustín Gordillo, en su obra Tratado de Derecho Administrativo, señala: “... La “causa” o sustento fáctico del acto. La motivación: Corresponde también identificar los hechos de la realidad que dan justificación, motivo o causa fáctica al acto administrativo, diferenciándolos de la motivación del acto o explicación de tales hechos externos al acto, cuidando no prestar una atención desmesurada a ésta, a punto tal que llegue a impedir la percepción del objeto mismo o de la situación fáctica que le da o quita sustento. En otras palabras, es indispensable que en el análisis de los hechos se perciba la realidad y no solamente el texto del documento, tratándose de un acto escrito; o las palabras o circunstancias en que se lo expresa si se trata de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos. En efecto, el análisis del acto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el estudio de los hechos, expresados o no en la motivación del acto, de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona —lo diga o no la motivación—, que lo enmarca y encuadra. Se trata de la

adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la "causa" o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones, o invocación de argumentos en la motivación".

El doctrinario español Eduardo García de Enterría en su obra *Curso de Derecho Administrativo*, expone sobre la motivación del acto administrativo y señala que: "Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto." De igual manera, este autor señala al respecto: "... Los actos administrativos deben estar justificados, deben decir las razones por las cuales se adopta. Los fundamentos de hecho y derecho que motivan la decisión. A ello se le denomina también motivación. La falta de motivación genera la nulidad del acto administrativo.

Siguiendo esta línea doctrinal, debemos expresar que por ejemplo, Gordillo en un agudo párrafo sobre la motivación enseña que constituye «La fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada». Asimismo, la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos. Por ello se ha dicho también que si una decisión no expresa cuáles son los motivos, en verdad ya no los tiene en el doble sentido de carecer asimismo de sustrato fáctico, de sustento en los hechos que deberían determinarla. Antes se expresaba que el acto que carece de explicación carece también de causa. No es lo que recibimos de la jurisprudencia. La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo,<sup>66</sup> por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos.<sup>67</sup> Otros autores también han advertido contra ese fenómeno de mantener los vestigios del absolutismo, radicados ahora en el Poder Ejecutivo, de la clandestinidad (llámese reserva, discreción, secreto, etc., pero clandestinidad al fin), so pretexto de proteger o tutelar el bien común o el bienestar general.

Es un hecho que la fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de

derecho que han llevado a su emanación, o sea sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por ello es el punto de partida fundamental para el juzgamiento de esa legitimidad.<sup>83</sup> Debe incluir no una mera enunciación de hechos, sino además una argumentación de ellos; o sea, debe dar las razones por las que se dicta, lo cual puede orientar al intérprete hacia el fin del acto.<sup>84</sup>

El maestro Serra Rojas, expone que el motivo o la motivación del acto administrativo es el antecedente de hecho o de derecho que provoca y funda su realización.

Para Hildegar Rondón de Sansó, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, el termino motivo sugiere a la mente del jurista tres ideas distintas: Sugiere en primer lugar, la idea de la finalidad que se persigue a través de la emanación del acto y por medio del acto mismo. Esto es, alude al resultado que se espera obtener de los efectos del acto. Conceptuado así, el motivo vendría a constituir un elemento ideológico y a identificarse por ello con el fin o finalidad del acto.

Jorge Enrique Calafell, en su obra "La Teoría del Acto administrativo", señala que la idea del motivo del acto sugiere su identificación con tres distintos conceptos: 1) Con el concepto teleológico de la finalidad del acto; 2) Con el concepto de presupuesto del acto; y, 3) Con el concepto sustancial de fundamento del acto.

El Profesor Agustín Gordillo, ha precisado que existen dos conceptos íntimamente ligados: el de *motivo* y el de *motivación* de los actos administrativos. El *motivo* es el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa. La *motivación* es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad.

Que, conforme lo establece la uniforme doctrina en la materia, así como nuestra propia normativa, todos los actos administrativos para su validez deben estar debidamente fundamentados.

Que, es obligación de la autoridad verificar y controlar que todos los procesos se lleven conforme lo dispone nuestro ordenamiento jurídico y que los mismos cumplan con todos los requisitos y exigencias legales para su validez, así como no se vulneren derechos de los administrados, en esta vía, es necesario revisar y analizar todos los actos administrativos desarrollados a lo largo del presente proceso.

Que, del análisis de la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, se establece que la misma se limita a efectuar una descripción y transcripción

de la nota de cargos imputados a HP Brokers Corredores y Asesores SRL, así como de los descargos presentados por HP Brokers, para posteriormente intentar configurar esos hechos y omisiones a normas vigentes, sin embargo, de la lectura de la misma se evidencia que a momento de establecer la infracción no se fundamenta de manera alguna las decisiones tomadas.

Que, de igual manera, del análisis de la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, se evidencia que si bien a momento de calificar las infracciones y las sanciones se amparan en normas legales vigentes, no existe una adecuada motivación y justificación en cuanto se refiere a la decisión asumida, aspectos que hacen al fondo del acto administrativos

Que, la Doctrina también expone su punto de vista sobre las falta de fundamentación o motivación en los actos administrativos y su consecuencia, en ese sentido, el autor Zelaya señala que: "La falta de explicitación de los motivos o causa del acto administrativo [...] nos pone en presencia de la arbitrariedad. Es el funcionario que dice «esto es así y así lo dispongo porque es mi voluntad». La antijuricidad de tal conducta me impide ver en tal acto un vicio leve. Lo veo gravísimo, privando al acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad. La omisión de explicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión debería determinar, por regla, la nulidad del acto. Pero a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirlo impropriamente con un vicio solamente formal, cuando en verdad, según vimos, la falta de fundamentación implica no sólo vicio de forma sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto.

De la misma manera Agustín Gordillo señala que: "Todo ciudadano que está inmerso en un proceso administrativo tiene el derecho a que se dé de modo coherente y lógico la motivación de las resoluciones o actos administrativos que emanen de la autoridad administrativa, es decir a la justificación expresa (escrita) del porqué se toma una u otra decisión a favor o en contra del administrado. Es un derecho ya que según se argumente la motivación, dará conformidad y legalidad a las partes o se apelará en cuanto y en tanto no se esté de acuerdo.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que uno de los elementos esenciales del acto administrativo es el de la fundamentación; es decir, establece que el acto administrativo debe expresar en forma concreta las razones que inducen, a la autoridad administrativa, a emitir el acto, los hechos y los antecedentes que le sirven de causa y el derecho aplicable; y, el artículo 36 de la citada disposición



legal, complementariamente, prevé que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas para que concorra la nulidad absoluta.

Que, debe tenerse en cuenta que la motivación o fundamentación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que inducen a la emisión del acto; es decir, que son los “presupuestos” o “razones” del acto administrativo, la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.

Que, de la revisión de los antecedentes se advierte que la Resolución N° 086/2009 efectúa una larga exposición de los antecedentes, los cargos, descargos, así como también de los supuestos incumplimientos en los que habría incurrido HP Brokers, sin embargo, no explica las razones que han motivado y fundamentado sus decisiones, en cuanto se refiere a los cargos imputados, así por ejemplo se señala que los folletos presentados por HP Brokers no contienen material ilustrativo y/o de asesoramiento, si bien ese incumplimiento podría implicar una infracción, también es cierto que el asumir esta posición debe ser claramente fundada y demostrada por la autoridad, estableciendo el porque afirma que esos folletos o información proporcionada por el corredor, no podía ser considerada suficiente en materia de asesoramiento y/o ilustración para el asegurado, sobre sus derechos y obligaciones, en virtud a que no hace ningún análisis en cuanto se refiere a lo que la norma, doctrina o práctica en materia de seguros establece como asesoramiento suficiente a los asegurados.

De igual manera, no existe una motivación debida en cuanto se refiere a la aplicación de las sanciones impuestas a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL. , en virtud a que si bien el Artículo 5 de la Resolución Reglamentaria 01/90 de fecha 11 de noviembre de 1993, establece que: “Los casos no previstos en el presente reglamento serán resueltos por el Superintendente conforme a los criterios legales vigentes y al espíritu de este mismo reglamento”, esta facultad del Superintendente no puede ser tomada como una facultad extraordinaria, arbitraria o desproporcional y mucho menos injustificada, en el presente caso, la decisión asumida a momento de imponer las sanciones amparadas en la citada Resolución, no están fundamentadas o motivadas conforme lo prevé nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, se limita a prescribir la sanción omitiendo explicar el porque de esa decisión.

Que, por lo expuesto se advierte que la Resolución N° 086/2009 se limita a exponer argumentos, conductas, omisiones e incumplimientos en los que supuestamente habría incurrido HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL, no explicando las razones que han motivado sus decisiones en cuanto se refiere a la calificación de las infracciones sancionadas, teniendo en cuenta la norma vigente al momento de la

producción del hecho, que de acuerdo al órgano de regulación pueden considerarse como infracción; y, en consecuencia no ha subsumido esta explicación a los parámetros legalmente establecidos por la Ley N° 1883 de Seguros, en su artículo 52.

Al no fundar esta decisión, por lógica consecuencia, tampoco ha fundado la decisión de imponer la sanción que ha impuesto, ni la razón que fundamente la cuantía del monto impuesto como multa, en consecuencia, el órgano de regulación no ha expuesto los criterios legales aplicables al calificar las infracciones, al imponer la sanción y al cuantificar la multa impuesta.

Que, la Resolución N°397/2009 del 17 de noviembre de 2009, al resolver los recursos interpuestos por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL y Luis Artemio Lucca Suárez, incurren en la infracción del inciso a) del artículo 30 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, porque no explican las razones que motivan su confirmación, teniendo en cuenta la omisión en la que se hubiera incurrido al dictar la R.A. N° 086/2009 de fecha 11 de agosto de 2009, que califica las infracciones e impone las sanciones.

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 61 establece las formas de Resolución de los recursos administrativos. Asimismo, el Decreto Supremo N° 27175 en su artículo 43 establece otra forma de resolver los Recursos Jerárquicos.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en virtud de las facultades que le confiere la Constitución Política de nuestro Estado Plurinacional, así como toda la normativa vigente, relacionada y conexas.

**RESUELVE:**

**ÚNICO:** La reposición de obrados, con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo, en el presente caso, hasta la Resolución ASFI N° 086/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, y en su mérito la Resolución Administrativa ASFI N° 397/2009 de fecha 17 de noviembre de 2009, debiéndose proceder a la emisión de una nueva resolución administrativa la cual debe contener todos los requisitos exigidos por Ley para su validez.

**Regístrese, hágase conocer y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





## **RECURRENTE**

FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 344/2010 DE 10 DE MAYO DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 DE 04 DE OCTUBRE DE 2010**

## **FALLO**

**REVOCA TOTALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 025/2010**

La Paz, 4 de octubre de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 344/2010 de 10 de mayo de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 183/2010 de 12 de marzo de 2010 ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°030/2010 de 30 de septiembre de 2010, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°08/2010 de 24 de septiembre de 2010, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 31 de mayo de 2010 el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.** presentó Recurso Jerárquico representada legalmente por el Gerente General a.i. José Noel Zamora tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 293/2009 de 30 de julio de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 002 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Hugo Alba Rodrigo, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 344/2010 de 10 de mayo de 2010 que confirmó la Resolución ASFI N° 183/2010 de 12 de marzo de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 8 de junio de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.**

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 183/2010 DE 12 DE MARZO DE 2010.-**

Que mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 183/2010 de 12 de marzo de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*“... 1. Sancionar al FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A. con una multa pecuniaria equivalente al tres por ciento (3%) de su capital mínimo, por incumplimiento del artículo 50, bajo el criterio establecido en el inciso b), numeral 2, concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al haber realizado operaciones de crédito vinculadas a las empresas INNOVA EMPRESARIAL S.R.L. e INNOVATEL S.R.L., vinculadas por propiedad y administración a Directores y Ejecutivos de FFP PRODEM S.A.*

- 1. La multa impuesta deberá ser depositada en la cuenta No. 4010695761 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en el plazo máximo de 10 días computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro de los siguientes (sic) cinco días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*
- 2. En cumplimiento del artículo 110° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Junta General Ordinaria de Accionistas del FFP PRODEM S.A., debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto.”*

## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 12 de abril de 2010 el Fondo Financiero Privado Prodem S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 183/2010 de 12 de marzo de 2010, argumentos que fueron expuestos en su totalidad en el Recurso Jerárquico.

## **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 344/2010 DE 10 DE MAYO.-**

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 344/2010 de 10 de mayo de 2010 se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 183/2010 de 12 de marzo de 2010, bajo los siguientes fundamentos:

### **“CONSIDERANDO:**

*Que, la Resolución ASFI No. 117/2010 de 10 de febrero de 2010, resolvió anular, la Resolución ASFI No. 506/2009 de 14 de diciembre de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hasta la evaluación de descargos.*

*Que, en la página 6 de la Resolución ASFI No. 117/2010 de 10 de febrero de 2010, esta Autoridad de Supervisión determina "(...) se pudo evidenciar que la notificación de la Resolución No. 506/2009 de 14 de diciembre de 2009, fue realizada en fecha 21 de diciembre de 2009 a horas 17:30, es decir el quinto día permisible de acuerdo a la normativa vigente, pero fuera del horario hábil administrativo que regía en ese entonces para la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo No. 312 de 30 de septiembre de 2009 (...) por lo que resulta evidente que la notificación con la Resolución ASFI No. 506/2009 de 14 de diciembre de 2009, no cumplió con los requisitos de forma establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Reglamentarios".*

*Que, el artículo 18 del Reglamento de Responsabilidad por la Función Pública, aprobado mediante Decreto Supremo No. 23318-A de 3 de noviembre de 1992, determina que el procedimiento administrativo interno se inicia a denuncia o en base a un dictamen dentro de una entidad a un servidor público a fin de determinar si es responsable de alguna contravención y de que la autoridad competente lo sancione cuando así corresponda. En ese marco, ASFI se sujetará al cumplimiento de la normativa señalada, disponiendo el inicio del proceso administrativo interno, en el marco del debido proceso.*



## **CONSIDERANDO:**

Que, con relación al argumento señalado por FFP PRODEM S.A. referido a que esta Autoridad de Supervisión hubiera evadido los argumentos expuestos en los descargos presentados respecto a la inexistencia de la celebración de un contrato de crédito incumpliendo de esta manera el artículo 28 inciso e) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, corresponde efectuar las precisiones siguiente.

Que, la Resolución ASFI No. 183/2010 de 12 de marzo de 2010, establece en su página 7: "Que, de lo señalado por la entidad sobre los conceptos generales de crédito, se debe aclarar que la observación efectuada como motivo del presente proceso administrativo, se enmarca una definición clara y expresa establecida por la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dentro de un contexto enteramente comercial en el cual interviene un factor importante y se encuentra referido a las operaciones que pueden efectuar las entidades financieras debidamente autorizadas cuyas actividades se enmarcan **en la intermediación financiera**, definida en la Ley antes mencionada y que señala que esta es la **"Actividad realizada con carácter habitual, consistente en la recepción de depósitos del público , bajo cualquier modalidad, para su colocación en activos de riesgo."**; por lo dicho precedentemente la ASFI no incurrió en error conceptual, considerando que son definiciones claras y fuera de cualquier interpretación, tomando en cuenta que la entidad reconoció la existencia de relaciones contractuales instrumentadas a través de las cuales se canalizaron recursos a favor de las empresas INNOVA EMPRESARIAL S.R.L. e INNOVATEL S.R.L."

Que, de igual manera en la página 9 de la mencionada Resolución se establece:

"(...)Que, el FFP PRODEM S.A., ha suscrito contratos para la provisión de servicios específicos con las empresas INNOVATEL S.R.L e INNOVA EMPRESARIAL S.R.L, a las que proveyó dineros por concepto de adelantos, los mismos que están detallados en sus mayores contables como "Anticipos por Compra de Bienes y Servicios M/E - OFNAC - PRODEM" y los correspondientes documentos sustentatorios

Que la esencia económica de los Anticipos de dineros, para cualquier tipo de contratos con esta modalidad, nace o se inicia como un crédito, establecido en el artículo 1, Capítulo I de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que expresamente define a Crédito como: "...todo activo de riesgo, cualquiera sea su modalidad de instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes". Que,

consecuentemente esta Autoridad de Supervisión se remite al contenido establecido en el informe de inspección y en la Resolución ASFI No. 183/2010 determinando que estos contratos suscritos por FFP PRODEM S.A. con las empresas INNOVATEL S.R.L. e INNOVA EMPRESARIAL S.R.L., constituyen activos de riesgo, que de acuerdo a lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras son considerados créditos.

**CONSIDERANDO:**

Que, en relación a la supuesta violación al Principio de Congruencia en razón a que la notificación de cargos se determinaría que la base de acusación en contra de FFP PRODEM S.A. está asociada a la generación de beneficios y en la Resolución impugnada el criterio cambiaría manifestando que el detonante de la sanción es la vinculación, resulta necesario aclarar lo siguiente:

Que, en el conocimiento y tramitación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación de los hechos imputados y la resolución final.

Que, en el presente caso, la notificación de cargos fue resultado de una inspección ordinaria de riesgo operativo practicada en la Entidad de Intermediación Financiera, teniendo como base el Informe ASFI/DSR II/R-11328/2009 de 17 de junio de 2009.

Que, el informe ASFI/DSR II/R-11328/2009 de 17 de junio de 2009, determina que de la revisión de algunos contratos de provisión de bienes y servicios se ha observado la contratación de empresas vinculadas a ejecutivos del Fondo Financiero Privado PRODEM S.A. de acuerdo a lo siguiente:(...)

1. Se ha verificado la contratación, en las gestiones 2005 al 2009 de las empresas INNOVATEL S.A. (Anexo 3) e INNOVA EMPRESARIAL S.A. (Anexo 4), ambas vinculadas al Fondo por propiedad y por administración, como se muestra en el siguiente cuadro:

<b>VINCULACIONES POR PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN</b>			
<b>INNOVATEL</b>			
José Eduardo Bazoberry Otero	2.55%	Gerente General	2005-2006
Marcelo Antonio Mallea	3.01%	Gerente de Administración y Operaciones	2005-2006
Fernando Gerardo Anker	0.68%	Ninguna	2005-

García			2006
William Alvaro Blacutt Mercado	3.49%	Gerente Nacional Comercial	2005-2006
Demetrio Gonzalo Tezanos Pinto	0.53%	Subgerente de Operaciones y Desarrollo	2005-2006
Victor Céspedes Mendieta	2.32%	Subgerente Nacional de Adm. Y Finanzas	2005-2006
José Fernando Herrera Villegas	0.43%	Gerente Nacional Occidental	2005-2006
<b>INNOVA EMPRESARIAL</b>			
Jose Eduardo Bazoberry	2.55%	Gerente General	2006-
Marcelo Antonio Mallea	3.01%	Gerente de Adm. y Operaciones	2006-Abril 2009

2. Se ha observado que, con motivo de la adquisición de los bienes, se han efectuado anticipos de fondos, a INNOVATEL SRL. por Bs523.549 y a INNOVA EMPRESARIAL SRL. por un total de Bs7.721.074 (Anexo 5), entregas consideradas créditos de acuerdo con lo establecido en el marco legal antes descrito. Situación que infringe el Artículo 70°, inciso d), dentro los alcances del Artículo 50° de la Ley 1488, concordante con el Artículo 54°, numeral 4, de la misma Ley, por la otorgación de créditos a empresas vinculadas.

Sobre los anticipos otorgados a las empresas INNOVATEL SRL. e INNOVA EMPRESARIAL SRL durante las gestiones 2006 a 2009, mencionados en el punto anterior, el Fondo ha dejado de percibir ingresos por intereses calculados a la tasa de interés vigente en esos periodos por un importe aproximado de Bs1.199.902, detallados en Anexo 6, cuyo resumen se expone en el siguiente cuadro:

<b>ANTICIPOS OTORGADOS A EMPRESAS VINCULADOS</b>				
<b>GESTIÓN</b>	<b>DETALLE</b>	<b>ANTICIPO Bs.</b>	<b>COSTO FINANCIERO</b>	<b>REF. ANEXO 6</b>
<b>INNOVATEL</b>				
2006	Crédito por 189 días	523.549	54.973	1
<b>INNOVA EMPRESARIAL</b>				
2007	Crédito por 99 días	113.600	6.233	2
2008	Crédito por 170 días	5.413.240	504.751	3
2008	Crédito por 18 días	329.159	3.250	4
2008	Crédito por 688 días	1.643.311	620.125	5

2009	Crédito por 20 días	213.987	2.350	6
2009	Crédito por 70 días	213.987	8.220	7
<b>TOTALES</b>		<b>8.450.833</b>	<b>1.199.902</b>	

Que, la notificación de cargos y el Informe de Inspección Ordinaria de Riesgo Operativo simplemente se limitan a establecer los presuntos incumplimientos a la Ley de Bancos y Entidades Financieras, siendo este el sustento del inicio del procedimiento sancionador correspondiente y no así, como sostiene el FFP PRODEM S.A. la generación de beneficios. Corresponde recordar al Fondo Financiero que de acuerdo al artículo 66 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la notificación de cargos debe garantizar que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones administrativas y las normas vulneradas, para que pueda asumir defensa.

Que, en ese entendido, la Resolución ASFI 183/2010 de 12 de marzo de 2010, tras la valoración de los descargos presentados por FFP PRODEM S.A, sanciona a esa Entidad Financiera por el incumplimiento del artículo 50, bajo el criterio establecido en el inciso b), numeral 2, concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), **al haber realizado operaciones de crédito vinculadas a las empresas Innova Empresarial S.R.L. e Innovatel S.R.L., vinculadas por propiedad y administración a Directores y Ejecutivos de FFP PRODEM S.A.**, consiguientemente no existe vulneración al principio de congruencia.

**CONSIDERANDO:**

Que, con relación a lo señalado por FFP PRODEM S.A referido a que no se hubiera extendido el acto administrativo con el que se calificó el proceso de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 27175, por lo que hubiera incurrido en nulidad en el inicio del proceso sancionatorio; resulta necesario repetir nuevamente las consideraciones y puntualizaciones contenidas en la Resolución ASFI No. 158/2010 de 22 de febrero de 2010:

“ (...)

Que, la Resolución ASFI No. 117/2010 desarrolla, en los Considerandos 8 y 9, lo relacionado a Calificación del Procedimiento Administrativo establecido en el artículo 4 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, determinando, de manera textual, lo siguiente:

**"Que, de la lectura de la notificación de cargos se tiene que esta Autoridad de Supervisión estableció el marco legal del procedimiento sancionatorio seguido contra FFP PRODEM S.A. consiguientemente se cumplió con la formalidad establecida** en el artículo 4 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003". (Las negrillas son establecidas en la presente Resolución)

Que, de la lectura del párrafo precedentemente señalado se ratifica la posición adoptada en la Resolución ASFI No. 117/2010, determinando que, la Notificación de Cargos, al establecer los presuntos incumplimientos por parte de FFP PRODEM S.A. y determinar el inicio del procedimiento sancionador, se cumplió con la calificación del procedimiento, formalidad establecida en el artículo 4 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera".

#### **CONSIDERANDO:**

Que, en lo referido a la solicitud de acreditación mediante Informe Legal sobre la imposibilidad de continuar con el proceso de transformación de Fondo Financiero Privado a Banco, resulta necesario establecer que el procedimiento administrativo sancionatorio instaurado contra FFP PRODEM S.A. tiene un objeto totalmente diferente, mismo que se encuentra referido al incumplimiento del artículo 50, bajo el criterio establecido en el inciso b) numeral 2, concordante con el Artículo 79 inciso d) de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que no corresponde, dentro de esta actuación administrativa, canalizar esta petición."

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 31 de mayo de 2010 el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 344/2010 de 10 de mayo de 2010, argumentado lo siguiente:

#### **"III. RELACIÓN DE DERECHO Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL RECURSO JERÁRQUICO-**

##### **III.1. FUNDAMENTACIÓN DE INEXISTENCIA DE ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, SERVICIOS AUXILIARES O CELEBRACIÓN DE OPERACIÓN DE CRÉDITO**

Señor Ministro de la revisión de la Resolución ASFI N° 344/2010 la Autoridad de Supervisión Financiera, se limita a realizar una repetición de los argumentos iniciales, sin realizar una ninguna nueva fundamentación que desvirtúa la posición jurídica adoptada por PRODEM S.A.

Señor Ministro la adecuación de la conducta presuntamente contraventora y la tipificación de la sanción, ha sido denominada en nuestra legislación como la **SUBSUNCIÓN ADMINISTRATIVA** el cual es requisito fundamental del Principio de Legalidad del Procedimiento Sancionador, establecido en el artículo 72 del reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

Lo anteriormente expuesto halla pertinencia en el contenido del presente recurso de jerárquico, toda vez que cuando la ASFI emite la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-45070/2009 del 9 de octubre de 2009 y acusa a PRODEM FFP S A. por la celebración de operaciones de "créditos vinculados", situación que se repite en el contenido de la Resolución ASFI/344/2010 del 10 de marzo de 2010, en cuyos considerandos nuevamente afirma:

**"... al haber realizado operaciones de crédito vinculadas a las empresas INNOVA EMPRESARIAL SRL e INNOVATEL SRL. vinculadas por propiedad y administración a Directores y Ejecutivos del FFP PRODEM S.A."**

Como usted podrá apreciar la ASFI omite en forma inexplicable diferenciar dos conceptos diferentes;

- 1) Una acción u operación de crédito y
- 2) lo que es una simple compra y venta administrativa de tecnología para la entidad.

#### **ACUSACIÓN DE LA ASFI:**

"Incumplimiento al artículo 50 inciso a), bajo criterio establecido en el inciso b), numeral 2 concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haberse evidenciado que el Fondo Financiero Privado PRODEM S.A., concedió créditos a través de anticipos a las empresas INNOVA EMPRESARIAL S.A. E INNOVATEL S.A. vinculadas por propiedad y administración a Directores y Ejecutivos del Fondo, de acuerdo con los hallazgos descritos en el capítulo II numeral 2.8.2. del citado informe de inspección. "

Corresponde poner en atención de su autoridad que el artículo 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, su ámbito de aplicación está circunscrito a las actividades de intermediación financiera y servicios auxiliares.

Al respecto el artículo 3 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, identifica como actividades de intermediación financiera y servicios auxiliares lo siguiente:

ARTICULO 3°.-

Son actividades de intermediación financiera y de servicios auxiliares del sistema financiero, las siguientes:

1. Recibir dinero de personas naturales jurídicas como depósitos, préstamos mutuos, o bajo otra modalidad para su colocación conjunta con el capital de la entidad financiera, en créditos o en inversiones del propio giro.
2. Emitir, descontar o negociar títulos-valores y otros documentos representativos de obligaciones.
3. Prestar servicios de depósito en almacenes generales de depósito.
4. Emitir cheques de viajero tarjetas de crédito.
5. Realizar operaciones de compra y venta y cambio de monedas.
6. Efectuar fideicomisos y mandatos de intermediación financiera, administrar fondos de terceros, operar cámaras de compensación y prestar caución y fianza bancaria.
7. Realizar operaciones de arrendamiento financiero y factoraje, si estas actividades las efectúan entidades de intermediación financiera.
8. Valorar las entidades del sistema financiero.

En ese sentido, la compra de bienes para incrementar la capacidad instalada para extender nuestros servicios, es una operación simple de compra y venta de bienes en el estricto marco administrativo de la entidad, la cual desde ningún punto de vista puede considerarse como una operación o actividad de intermediación financiera o servicios auxiliares, situación que lamentablemente fue totalmente omitida en análisis técnico legal, por parte de la ASFI, al momento de generar un cargo el 9 de octubre de 2009 mediante la (sic) ASFI/DSR/II/R-45070/2009.

A mayor abundamiento, me permito recordarle lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que define al Crédito de la siguiente manera:

**Crédito: Activo de riesgo, incluyendo contingentes, asumido por una entidad financiera autorizada con un prestatario.**

En ese sentido, como usted podrá observar el estatus jurídico del sujeto pasivo de la operación de crédito es un "PRESTATARIO", cuya definición fue inadvertida por la ASFI, toda vez que la Ley en su texto no utilizó vocablos en forma discrecional o retórica, siendo que la institución jurídica de "prestatario", se halla definida desde el seno mismo de la teoría y la doctrina, concordante con las normas emitidas por la ASFI de la siguiente manera:

Autor: Manuel Ossorio

PRESTATARIO.- Quien recibe dinero en concepto de préstamo (v.). i Quien recibe cualquier otra cosa con la obligación de reintegrarla al prestador (v.).

Por otra parte, la ASFI omite considerar la definición de Crédito y no identifica su diferencia con la compra efectuada por PRODEM FFP, sobre lo cual siento la obligación de reiterar nuevamente los siguientes conceptos:

1. Un Crédito es un préstamo de dinero por el que una persona se compromete a devolver el monto solicitado en el tiempo o plazo definido según las condiciones establecidas para dicho préstamo, más los intereses devengados, comisiones o otros asociados si los hubiera.
2. Debo recordar al Órgano Rector que las clases de crédito que existen en la legislación nacional son:

**a.CREDITO COMERCIAL.-** Préstamo que se realiza a las empresas de distinto tamaño, para la adquisición de bienes, pago de servicios de la empresa, para refinanciamiento de deudas con otras instituciones o para pago de proveedores de corto plazo.

**b.CREDITO HIPOTECARIO DE VIVIENDA.-** Todo Crédito otorgado a personas naturales destinados exclusivamente a la adquisición de terreno para la construcción de vivienda y adquisición, construcción, refacción, remodelación y mejoramiento.

**c.CREDITO DE CONSUMO.-** Todo Crédito concedido a una persona natural destinado a financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios, amortizable en cuotas sucesivas y cuya fuente principal de pago es el salario de la persona con ingresos provenientes de su actividad.

**d.MICROCREDITO.-** Consiste en financiamiento para actividades económicas de pequeña escala.

Asimismo en la vía informativa, cabe señalar que un crédito presenta como elementos más importantes, el monto desembolsado, las amortizaciones periódicas del mismo, un plazo determinado y una tasa de interés, incluyendo comisiones u otros cargos: todos ellos pactados entre la entidad de intermediación financiera y el cliente.

Por otra parte, la Resolución ASFI/Nº 344/2010 de 10 de mayo de 2010, señala que un requisito para la adecuación a la sanción es la "colocación de un activo de riesgo", el cual en el relacionamiento con las empresas observadas no concurre, debido a que las obligaciones económicas contractualmente establecidas son contratos (sic) de tracto instantáneo en la cual se paga contra un servicio prestado en conformidad.

La ASFI, omite considerar que el concepto de "activo de riesgo", tampoco aplica a los contratos suscritos por la entidad financiera, ya que el propio glosario de Términos de los Acuerdos de Capital de Basilea I y II emitidos (sic) publicados en diciembre de 2005, por la ex Superintendencia de Bancos



y Entidades Financieras, siendo éstos estrictamente asociados a las operaciones de otorgamiento de créditos de la entidad, bajo contratos cuyas partes son el prestador y el prestatario (sic).

## **CONCLUSIÓN**

En mérito a lo expuesto la compra realizada por FFP PRODEM S.A. en ningún momento se asocia o puede ser subsumida a una operación de **crédito** el cual es el requisito sine qua non para aplicar el artículo 50 inciso a), bajo criterio establecido en el inciso b), numeral 2 concordante con el artículo 19 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, asimismo que la adecuación a "activo de riesgo", tampoco es aplicable para los contratos suscritos en el orden administrativo por FFP PRODEM S.A., quedando demostrado que la ASFI incurrió en un error conceptual por no valorar correctamente la definición de CREDITO en el marco de lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras ya que ninguna de las partes que suscribieron los contratos tienen la calidad de "prestatarios", sino son únicamente "contratantes y proveedores". De igual forma resulta absolutamente inaplicable la hipótesis de la utilización de "activos de riesgo", en las operaciones ejecutadas por el FFP PRODEM S.A., conforme las definiciones glosario de Términos de los Acuerdos de Capital de Basilea I y II emitidos publicados en diciembre de 2005, por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

### **III.2. INAPLICABILIDAD DE SANCIÓN CONFORME ART. 102 DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS**

Señor Ministro, debo poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha incurrido en un error de aplicación sancionatoria, bajo la hipótesis no aceptada por parte del Fondo de que existiría alguna operación "observable"

Al respecto, el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, claramente señala:

#### **ARTICULO 102°.-**

Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, **cuando las infracciones u omisiones beneficien** a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse

Como usted podrá advertir, la **condición suspensiva pendiente y requisito sine quantum** para que exista la aplicación de una sanción, esta ineludiblemente asociada la existencia de un "beneficio", el cual debe ser materialmente comprobado y no solo a través de conjeturas, ya que en ese caso recaería en la institución no admitida del Derecho Administrativo boliviano de la **"DISCRESIONALIDAD"**.

En ese sentido, me permito poner en su atención los pronunciamientos de la propia ASFI, en el marco del artículo 38 de la Ley N° 1178, relativa a la existencia de beneficios.

1. El Informe ASFI/DAJ/R-12554 del 9 de febrero de 2010, en el Capítulo de Análisis Jurídico, señala: "De igual manera analizados los antecedentes del procedimiento sancionatorio instaurado contra PRODEM S.A. y los fundamentos de la Resolución ahora impugnada, se observa que la misma no determina y menos fundamenta la existencia o no de beneficios ilegales, carencia que afecta los derechos subjetivos e intereses legítimos de la entidad financiera, ya que este hecho podría incidir en la **consiguiente modulación de la sanción impuesta, por lo que resulta realizar la valoración de éstos aspectos en estricta observancia del Principio de Proporcionalidad**".
2. La Resolución ASFI 117/2010 del 10 de febrero de 2010, señala en su segundo considerando de la página 11, "Se puede advertir que la Resolución ASFI 506/2009 del 14 de diciembre de 2009, no se adecua a la normativa vigente en relación a los Principios de Congruencia, motivación y **proporcionalidad en la imposición de sanciones previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo** sus decretos reglamentarios, por lo que en procura de resguardar el debido proceso y no causar indefensión...".
3. La Resolución ASFI N° 158/2010 del 22 de febrero de 2010, en el primer considerando de la página 3 señala, lo siguiente: "Que el Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer; Que la administración debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido. En este sentido toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables **de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado administrado**; Asimismo alude la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 que dispone: El juicio de proporcionalidad .b) **Que el hecho sancionado se encuentre plenamente comprobado**".

En consecuencia, Señor Ministro como su Autoridad podrá advertir con absoluta nitidez, la propia ASFI, ha aceptado la existencia de criterios de proporcionalidad, en plena conciencia de que no está en condiciones de

demostrar los "beneficios", tal como lo requiere incluso la jurisprudencia en sede administrativa, anteriormente invocada.

Resulta evidente que dicha posición de la ASFI se niega a admitir que, ante la inexistencia **COMPROBADA** de beneficios, resulta absolutamente improcedente la aplicación de la sanción impuesta con el 3% del patrimonio mínimo, lo cual se traduce en un riesgo legal sistémico, no solo para FFP PRODEM S.A., sino para la totalidad del sistema financiero.

Como se mencionó anteriormente, incluso en la hipótesis no aceptada por parte del FFP PRODEM S.A. de la existencia de acciones "observables", resulta jurídicamente y técnica imposible la imposición de la sanción que la ASFI pretende imponernos.

En primera instancia debo poner en su atención que la Unidad de Auditoría Interna de FFP PRODEM S.A., en el marco de sus funciones de control interno posterior y gozando de total autonomía e independencia para la emisión de sus opiniones, tal como lo establece la Recopilación de Normas de la ASFI, emitió el INFORME SNAI N° 009/2010 del 3 de marzo de 2010, el cual claramente establece lo siguiente:

**"De acuerdo a la revisión de la documentación existente de contratos, los que dieron cumplimiento ambas partes con el objeto de la transacción de la compra venta de bienes y servicios y al no haberse evidenciado otros documentos referente a estos tipos de transacciones, no se constata beneficio ilícito para la institución".**

**Asimismo, corresponde manifestar que dentro de la revisión de los contratos suscritos, no contienen características del (sic) ser operaciones de crédito".**

En ese sentido, es innegable que existe pronunciamiento técnico que afirma que no existió ningún beneficio ilegítimo o ilegal para la entidad, situación que fue totalmente omitida por la ASFI.

## **CONCLUSIVA**

Queda demostrado que en la hipótesis no demostrada ni aceptada del FFP PRODEM S.A., de acciones observables la sanción impuesta por la ASFI está en disonancia con la argumentación de los propios pronunciamientos, alejada jurídicamente del imperativo hipotético del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, y discorda con los Principios de Legalidad y Proporcionalidad del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobado por D.S. 27175, lo cual debe ser considerado por su autoridad al momento de emitir la resolución que resuelva el presente recurso jerárquico.

### **III.3. CONTRADICCIÓN EN LA IMPUTACIÓN ADMINISTRATIVA E INVOBSERVANCIA (SIC) AL INFORME ASFI/DSR II 11328/2009 DEL 17 DE JUNIO DE 2009.**

Señor Ministro, la ASFI admitió en la Resolución ASFI N° 506/2009 del 14 de diciembre de 2009, que existió un contrato de **servicios** y no así de crédito:

En la página 5 párrafo 4 de la referida resolución su autoridad asevero lo siguiente:

"Por lo anterior, los descargos no han considerado ya que de acuerdo al Informe ASFI/DSR II/R-11328/2009 del 17 de junio de 2009, se evidenció que en la contratación por excepción de los **servicios** de las empresas INNOVA EMPRESARIAL SRL. E INNOVATEL SRL. el fondo incumplió con su Manual de Contratación de Bienes y Servicios ya que no se contempla la contratación por excepción", (las negrillas son nuestras).

En ese marco la propia ASFI admitió de que se trata de la contratación de **servicios**, lo cual es concordante con el punto anterior y refuerza nuestro argumento de que nunca existió un contrato de crédito.

Su Autoridad en instancia jerárquica podrá verificar que el Informe ASFI/DSR II/R-11328/2009 del 17 de junio de 2009, identifica la existencia de contratos de servicios y confunde con una operación de crédito, intermediación financiera o en su caso servicios auxiliares.

Se debe tomar en cuenta que este tipo de errores revelan la existencia de una violación absoluta del Principio de Congruencia que rige el Procedimiento Administrativo.

En todo caso, la ASFI nuevamente ingresa en un error jurídico en la emisión de la Resolución ulterior, por cuanto en su contenido refiere e identifica una posible responsabilidad asociada a un contrato de "Servicios" y la omisión al Manual de Contrataciones de la entidad financiera, pero en la imputación está asociada al artículo 50 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, lo cual provoca una ruptura conceptual entre lo que fundamenta en la parte considerativa de su resolución y la parte resolutive, aspecto que no es tolerable en el marco del Derecho Administrativo Sancionador.

### **CONCLUSIÓN**

La ASFI en el propio contenido de la Resolución ASFI N° 506/2009 del 14 de diciembre de 2009, así como en el contenido de informes de inspección de gestiones pasadas identificó y aceptó expresamente que los contratos suscritos con las empresas proveedoras de PRODEMFFP S.A. son contratos de **servicios** y asoció expresamente un posible incumplimiento a la normatividad interna referida a contrataciones, situación que violenta bajo la óptica del Principio de

Congruencia del Derecho Administrativo y en todo caso no puede subsumir a los preceptos del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

#### **III.4. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO DE DISOCIACIÓN AL ART. 50 DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS INFORME SB/SNB/D62549/2002 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2002.**

Señor Ministro, no obstante que PRODEM FFP S.A. ha demostrado en todo el contenido del presente documento, sobre la absoluta inaplicabilidad de la sanción impuesta debemos recordar a su autoridad que un pronunciamiento definitivo sobre una determinada acción u omisión realizada en forma expresa por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (Actual ASFI), no puede ser cambiada o modificada por un "nuevo razonamiento", sino por el contrario debe seguir las líneas jurisprudenciales administrativas que forman la *RATIO DICIDENDI* (sic) de la ex SBEF.

Al respecto, debo poner en su atención que el Órgano Rector del Sistema Financiero, en su calidad de ente rectorial ya verificó y analizó las operaciones de "servicios" efectuadas con las empresas INNOVA EMPRESARIAL SRL E INNOVATEL SRL., sobre el cual existe un pronunciamiento expreso definitivo contenido en el documento SB/SNB/D-62549 2002 del 18 de diciembre de 2002 (DESCARGOS INSPECCIÓN CON FECHA DE CORTE 31.05.2002), el cual nítidamente señala lo siguiente:

"Se aceptan los términos del descargo por cuanto el contrato definitivo suscrito entre el Fondo e INNOVA SRL. contiene términos y condiciones que desvirtúan el presunto carácter vinculatorio de las provisiones de fondos efectuadas por PRODEM S.A. al explicar que las mismas han sido realizadas a fin de viabilizar la asistencia técnica contratada por el PNUD y que la empresa INNOVA ha asumido la responsabilidad sobre el reembolso de dichas provisiones en virtud de la subrogación instrumentada a través del mencionado contrato que implica la cesión de Derechos y Obligaciones que emergen de la asistencia técnica contratada por el PNUD. Bajo este contexto queda demostrado que si bien la empresa INNOVA es vinculada al Fondo Financiero, no se ha beneficiado de los desembolsos efectuados, toda vez que estos han sido realizados a favor del proyecto contratado por el PNUD, generando para INNOVA simplemente la obligación de reembolso en virtud a la cesión descrita, **sin que por esta transacción se configuren los presupuestos contenidos en el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras**".

En este sentido, en virtud de este pronunciamiento emitido por el Órgano Rector del Sistema Financiero, se deducen los siguientes extremos:

1. Las operaciones de "servicios" efectuadas por PRODEM FFP S.A. y las empresas INNOVA EMPRESARIAL E INNOVATEL S.A., fueron analizadas por múltiples inspecciones de la ex SBEF, actual ASFI, generando una jurisprudencia administrativa, la cual actualmente pretende ser

desconocida y violentar la Seguridad Jurídica de los propios pronunciamientos del Órgano Rector del Sistema de Financiero, situación que no condice con la función principal de la ASFI, la cual es mantener un Sistema Financiero estable y Saludable(sic.) tal como lo dispone la propia Ley de Banco y Entidades Financieras.

2. El Documento SB/SNB/D-62549/2002 del 18 de diciembre de 2002 (DESCARGOS INSPECCION CON FECHA DE CORTE 31.05.2002), determina en forma absolutamente clara, que la relación del FFP PRODEM S.A. y los contratos de servicio con las empresas INNOVA SRL. E INNOVATEL SRL. son tolerables y admisibles jurídicamente, lo cual implica que la sola presencia de estas empresas en los registros de contratos de servicios del Fondo, no configura la existencia de "vinculación prohibida" por la Ley de Bancos y Entidades Financieras.
3. El documento SB/SNB/D-62549/2002 del 18 de diciembre de 2002 (DESCARGOS INSPECCION CON FECHA DE CORTE 31.05.2002) determinó en forma expresa que el relacionamiento a través de contratos de servicios entre el Fondo y las empresas INNOVA SRL. E INNOVATEL SRL., están fuera del alcance del artículo 50 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aspecto que está siendo totalmente omitido por la ASFI.

Señor Ministro es evidente que el Director de la ASFI ha decidido cambiar las líneas jurisprudenciales de la SBEF, lo cual sabemos perfectamente que es imposible, por un aspecto de responsabilidad y seguridad jurídica, que deberías (sic) mantener criterios preestablecidos.

## **CONCLUSIÓN**

El Órgano Rector del Sistema Financiero a través de un pronunciamiento expreso y definitivo contenido en el SB/SNB/D-62549/2002 del 18 de diciembre de 2002 (DESCARGOS INSPECCION CON FECHA DE CORTE 31.05.2002), admitió la permisión legal de la existencia del relacionamiento jurídico contractual con las empresas INNOVA SRL E INNOVATEL SRL., y definió expresamente que este relacionamiento fuera del alcance del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

### **III.6. NULIDAD POR IMPRECISIÓN TÉCNICA ESENCIAL EN PARTE RESOLUTIVA DE RESOLUCIÓN 344/2010**

Señor Ministro, además debo poner en su atención que la ASFI, ha incurrido en un error material transgrediendo el artículo 17 del reglamento, aprobado por D.S. 27175 que se refiere a la **DEFINICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL SIREFI**

La Resolución ASFI N° 344/2010 del 10 de mayo de 2010, incurrió en un defecto sustantivo que procedo a fundamentar a continuación.

El artículo 17 del reglamento, aprobado por D.S. 27175 señala:

I. Para los fines de este Reglamento, **Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora**, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados.

II. La **Resolución Administrativa** debe contener en su texto:

a) Mención de tal calidad.

b) Número de identificación correspondiente.

c) Lugar y fecha de expedición.

d) Los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan

e) **La decisión clara y expresa del Superintendente que la expide.**

f) La firma de la autoridad que la expidió.

Como usted podrá advertir, las resoluciones que emiten las Autoridades del SIREFI, deben cumplir irrestrictamente las cualidades establecidas en el artículo desarrollado anteriormente, siendo que uno de los requisitos principales y esenciales es que las **resoluciones** mas allá de la fundamentación y el cuidado en la redacción jurídica, es de que deben poseer una decisión clara, la cual no admite ningún tipo de duda o penumbra y menos errores en la precisión jurídica del acto administrativo que se confirme, modifica o revoca. Es así que, la parte resolutive de mayor importancia y cuidado de una resolución, también llamada dispositiva, en la cual se materializa el cumplimiento del requisito tipificado en el inciso e) del artículo 17 del reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175. En el presente caso, la Resolución ASFI/N° 344/2010 del 10 de mayo de 2010, ha confirmado una resolución totalmente diferente a la que trato el tema del FFP PRODEM S.A. con una diferencia de un año entero.

Efectivamente la parte RESOLUTIVA de la ulterior resolución impugnada y emitida por la ASFI, en su ÚNICOARTÍCULO señala lo siguiente:

**"ÚNICO.- CONFIRMAR la Resolución ASFI N° 183/2009 del 12 de marzo de 2010, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero".**

Desde todo punto de vista, la instancia jerárquica, está llamada a reparar el nivel de inseguridad jurídica del acto emitido por la ASFI decretando en rigor de ley su nulidad puray simple.

Sin perjuicio de ello, el hecho de que la ASFI haya CONFIRMADO un acto administrativo que fuera aprobado por la Resolución ASFI N° 183/2009 que no tiene nada que ver con la problemática regulatoria surgida entre FFP PRODEM S.A. y la ASFI, ha provocado la nulidad de la resolución impugnada, ya que la única línea de su parte resolutive, es totalmente imprecisa, respecto del acto administrativo que le correspondía confirmar, revocar o modificar.

Señor Ministro, cabe señalar que este tipo de omisiones prudenciales, no ingresan bajo el Principio de Informalismo, establecido en el artículo 4 inciso 1) **de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo**, toda vez que este privilegio sólo surte sus efectos en relación al administrado y no así al Estado o sus entidades Públicas, tal como lo dispone la línea jurisprudencial desarrollada a continuación; **SSCC N° 512/03 DE 16 DE ABRIL, 642/03-R DE 8 DE MAYO, 1/05 Y 284/05 -R DE 4 DE ABRIL**, que dispone:

"Que 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 (...) 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 del Derecho a la acción ". Como podrá observar Señor Ministro, la imprecisión y la falta de claridad, en la parte resolutive de la Resolución ASFI N° 344/2010 del 10 de mayo de 2010, es absolutamente clara y evidente, lo cual ha determinado la nulidad pura y simple del acto administrativo.

### **CONCLUSIVA**

La Resolución ASFI/N° 344/2010 del 10 de marzo emitida por la ASFI, que confirma un acto administrativo contenido en la Resolución ASFI N° 183/2009 de la gestión 2009, que está totalmente dissociado del proceso sancionatorio del FFP PRODEM SA. y por tanto incumple el artículo 17 parágrafo II inciso e) del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aplicable al SIREFI aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

### **III.7. FUNDAMENTA NULIDAD POR FALTA DE CALIFICACIÓN DEL PROCESO.**

Señor Ministro, desde el inicio de la defensa que realiza el FFP PRODEM SA. en contra del proceso sancionatorio iniciado por la ASFI, pusimos en evidencia la existencia de un vicio procedimental de origen, identificado en la falta de **CALIFICACION DEL PROCESO**, el cual no ha podido ser justificado por el Órgano Rector del Sistema Financiero, a lo largo del proceso.



Cabe destacar que en sus explicaciones, principalmente del INFORME ASFI/DAJ/R-12554/2010 del 9 de febrero de 2010, invocan en el punto B) de ANALISIS JURÍDICO un relevamiento de normas regulatorias, pero en ningún momento realiza la identificación de la calificación del proceso, intentando no admitir el error y condensar el requisito de la CALIFICACIÓN DEL PROCESO, en lo que sería la NOTIFICACIÓN DE CARGOS.

En este sentido, en la instancia jerárquica esta omisión del procedimiento administrativo, tampoco es admisible, ya que la "calificación del proceso" y la "notificación de cargos" son instituciones jurídicas administrativa diferentes, tal como paso a fundamentar a continuación:

1. El artículo 4 del reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175, es claro en definir que la entidad reguladora, -ASFI- estaba en la obligación de realizar un acto administrativo denominado "CALIFICACION DEL PROCESO". Es así, que la técnica procedimental, ha establecido que la forma de calificar un proceso administrativo, está asociado a que el mismo sea de: HECHO O DE PURO DERECHO, siendo que por ejemplo en la vía jerárquica no existe tal calificación ya que el recurso se tramita de "puro derecho", tal como podrá verificar en el contenido del artículo 52 del reglamento aprobado por D.S. 27175.

#### **ARTÍCULO 52°.- (Impugnación Jerárquica).**

Contra la resolución, expresa o tácita, que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos, este podrá interponer el recurso jerárquico, el **mismo** que se resolverá de **puro derecho**

La ASFI justifica su error, tratando de exponer a la NOTIFICACION DE CARGOS como el Acto Administrativo equivalente a la calificación del proceso, lo cual resulta improcedente, toda vez que la calificación del proceso y la notificación de cargos son actos administrativos totalmente diferentes y autónomos, tal como se puede evidenciar la lectura atenta de los artículos 4 y 26 del reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175:

**ARTICULO 4°.- (Calificación de Procedimiento).** Las Superintendencias del SIREFI calificarán y determinarán el procedimiento que corresponda de acuerdo a la naturaleza de la cuestión o trámite planteado o solicitado, de conformidad al presente Reglamento y disposiciones sectoriales aplicables.

**ARTÍCULO 26.- (Notificación de Cargos).** Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersona por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar

conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a este por notificado

2. Como se podrá observar la justificación que la ASFI ha dado asociado la calificación del proceso(sic) a la notificación de cargos no es admisible, por ser cada una de ellas un acto procesal diferente dentro del procedimiento administrativo. Es así Señor Ministro de Economía y Finanzas, que no obstante de que actualmente nos encontremos en la instancia jerárquica, su Autoridad tiene la facultad de revisar estos vicios procesales que en el fondo son una violación del Principio del Debido Proceso, con el cual se debe tramitar un proceso con el que actualmente nos lleva a su competencia. El hecho de que estemos en instancia jerárquica no inhibe la obligación del Órgano Ejecutivo de procurar seguridad jurídica a los procedimientos regulatorios, donde la hipótesis esencial es que ningún acto ilegal, puede proceder, tras la etiqueta jurídica de la "cosa juzgada o acto administrativo firme".

Debemos poner en su atención que ni siquiera una resolución judicial -menos una administrativa- puede desconocer los Principios Fundamentales del Derecho reconocidos en la Constitución Política del Estado.

A partir de la **Sentencia Constitucional 111/99-R de 6 de septiembre de 1999**, se crea una verdadera línea jurisprudencial, sosteniendo la procedencia del Amparo Constitucional -hoy conocida como Acción de Amparo- contra las decisiones judiciales o administrativas con aparente calidad de cosa juzgada, todo ello orientado a tutelar los derechos fundamentales o garantías constitucionales que hubiesen sido lesionados en la tramitación de un proceso judicial o administrativo.

Para fundamentar la nulidad de actos procesales o decisiones finales el Tribunal Constitucional ha definido lo siguiente:

"cuando una resolución ilegal y arbitraria afecta el contenido normal de un derecho fundamental, no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta Cosa Juzgada, en cuyo caso inexcusablemente se abre el ámbito de protección de amparo constitucional"

**SC- 322/99 -R de 12 de noviembre, SC-103/01 de 8 de febrero, SC- 388/01 -R de 16 de abril, SC- 504/01 -R de 29 de mayo, SC- 546-02 de 13 de mayo.**

En ese sentido, queda demostrado que la falta de "calificación de proceso", al ser un actuado diferente, a la "notificación de cargos", revela que la ASFI ha incumplido el curso normal del procedimiento administrativo, por lo cual su Autoridad en mérito a los fundamentos expuestos está llamado a observar esta omisión, a objeto de garantizar al FFPPRODEM S.A. la garantía constitucional de un DEBIDO PROCESO.

## **CONCLUSIÓN**

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la ASFI incumplió un acto administrativo obligatorio y necesario en el procedimiento administrativo, el cual es la CALIFICACION DEL PROCESO, en transgresión del artículo 4 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 27175, por lo cual es admisible la decisión de la instancia jerárquica de anularlos obras (sic) hasta el vicio más antiguo. Asimismo tomar en cuenta que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SF SIREFI RJ 19/2004 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2004, respalda in extenso la argumentación expuesta.

## **IV. INVOCA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.**

Señor Ministro, sin perjuicio de toda la argumentación expuesta en el contenido del presente recurso, corresponde poner en su atención que las operaciones "observadas" tienen una data que rebasa el periodo de los dos años.

Al respecto, en ese sentido, corresponde invocar las previsiones contenidas en el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que dispone:

**ARTICULO 79.- (PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES)** Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial a los órganos regulados en el artículo 2 de la presente Ley. En ese sentido, corresponde poner en su atención, que las excepciones de prescripción, son un medio de defensa, y están principalmente reguladas en los artículos 1497 y 1498 del Código Civil y reglamentadas por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175, la cuales son claras en señalar que la excepción de prescripción puede invocarse en cualquier estado del proceso y operando siempre a instancia de parte, lo cual implica que FFP PRODEM S.A. está facultado a hacer uso de la misma, debido a su legitimación pasiva dentro del proceso sancionatorio.

## **CONCLUSIÓN**

En mérito a lo señalado, FFP PRODEM S.A. invoca expresamente la excepción de prescripción contenida en el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175. toda vez que las presuntas acciones "observadas" tienen una data superior a los dos años, por lo cual en toda forma de Derecho las mismas han salido del procedimiento sancionador. V.

## **PETITORIO.**

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente nuestra pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. Revocar Totalmente en el Fondo la Resolución ASFI N° 344/2010 del 10 de mayo de 2010 en la que ratifica la Resolución ASFI N° 183/2010 del 12 de marzo de 2010 emitida por la ASFI por presunto Incumplimiento al artículo 50 inciso a), bajo criterio establecido en el inciso b), numeral 2 concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.
2. Plantea simultáneamente el Recurso de Jerárquico la nulidad del proceso administrativo por vicios procesales como la omisión al cumplimiento del artículo 17 parágrafo II, inciso e) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por D.S. 27175, así como por la falta de calificación del proceso establecido en el artículo 4 de la norma citada anteriormente, con antecedente jurisprudencial contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SF SIREFI RJ 19/2004 del 8 de noviembre de 2004.
3. Considere en específico el fundamento de fondo relacionado a la inaplicabilidad de la sanción, por inexistencia de beneficio comprobado, establecido en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, y las omisiones a la proporcionalidad y legalidad del procedimiento sancionador administrativo.
4. Verificar que la Resolución ASFI/N° 344/2010, ratifica la Resolución ASFI/183/2009, la cual no tiene ninguna relación con el proceso tramitado en contra de PRODEM SA.
5. Tomar en consideración, los argumentos de prescripción señalados en el presente memorial(...)"

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

## **1.- Análisis de la controversia.-**

**1.1.-El recurrente señala que aún en el caso no aceptado por parte del Fondo Financiero Privado Prodem S.A.de que exista alguna operación observable, el Art. 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala que las multas establecidas en el numeral 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera, que en el presente caso no existiría beneficio alguno para FFP PRODEM S.A como así lo estableció el informe SNAI N° 009/2010 del 3 de marzo de 2010.**

Al respecto hay que recordarle al recurrente que la sanción aplicada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se encuadra en el Artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (norma específica y especial para la aplicación e imposición de sanciones), Título XIII, Capítulo II Sección 2, que refiere en su primer párrafo lo siguiente:

**“Las entidades financieras bancarias que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, serán sancionadas con una multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo(...)”**

Es decir la normativa aplicable y especial ha determinado claramente el monto de sanción aplicable, por lo que mal puede ampararse en un Artículo General cual es el 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, cuando existe uno especial y para el caso supuestamente infringido.

Por lo tanto, la Entidad Financiera equivoca su argumentación al pretender aplicar el Artículo 102 de la LBEF, debiendo subsumirse a la normativa aplicable.

### **1.1.1.- Asimismo el recurrente argumenta, que la sanción impuesta no cumple el principio de proporcionalidad en la sanción.-**

La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 ha establecido:

*“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."*

Al respecto y de la revisión de la normativa aplicable al caso, se ha podido constatar que la normativa imputada y que sirve de base al fiscalizador para la imposición de la sanción corresponde al artículo 50, bajo el criterio establecido en el inciso b), numeral 2, concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financiera, habiendo correspondido una sanción relacionada específicamente a la supuesta infracción cometida, cual es el Artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (norma específica y especial para la aplicación e imposición de sanciones) del Título XIII, Capítulo ii Sección 2.

Por lo que, la proporcionalidad y a la graduación que invoca el recurrente no es aplicable, al encontrarse ya en normativa, la multa específica a aplicar. Por lo cual el recurrente no puede considerar este hecho como una arbitrariedad por parte de la administración.

**1.2.- El recurrente señala que el Informe ASFI/DSR II 11328/2009 del 17 de junio de 2009 que refiere se evidenció que en la contratación por excepción de los servicios de la empresa INNOVA EMPRESARIAL SRL. e INNOVATEL SRL el Fondo incumplió con su manual de contratación de Bienes y Servicios, ya que no contempla la contratación por excepción y que la ASFI habría admitido la contratación de servicios, lo que refuerza el argumento de que no existió un contrato de crédito por lo que existiría una contradicción en la imputación de cargos.**

En el procedimiento administrativo, existen dos etapas claramente diferenciadas y debidamente separadas, la preliminar que tiene por objeto adquirir cuanta prueba y actuación conduzca al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción; y la segunda que constituye el Procedimiento Administrativo sancionador mismo, que se inicia con la notificación de cargos al **presunto** infractor; etapa, donde se sitúan las garantías constitucionales de presunción de inocencia y derecho a la defensa, por ser, precisamente ésta, la fase donde se va a concretar la imposición o no de una sanción.

Estas dos etapas se encuentran establecidas, en los artículos 81 y 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo que determinan:

**“Artículo 81 (Diligencias Preliminares).**

***1. En forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores, los funcionarios determinados expresamente para el efecto (...) organizarán y reunirán todas las actuaciones preliminares necesarias, donde se identificarán a las personas individuales o colectivas **presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento**, las normas o previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso...”*** (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

**“Artículo 82.- (Etapa de Iniciación).- La etapa de iniciación se formalizará **con la notificación a los presuntos infractores** con los cargos imputados...”** (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo anotado y de la revisión del expediente se puede evidenciar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió informe/ASFI/DSR II/R-11328/2009 de fecha 17 de junio de 2009 mediante el cual determinó entre algunos posibles incumplimientos el correspondiente al caso de autos, como **2.81 Elementos vinculatorios con empresas Proveedoras de Bienes y Servicios.**

Una vez puesto, en conocimiento el informe final y al encontrar algunas irregularidades, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dio inicio al procedimiento sancionador con la notificación de cargos por el supuesto incumplimiento del artículo 50 inciso a), bajo el criterio establecido en el inciso b), numeral 2, concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haberse

evidenciado -señala el Informe-, que el anticipo, a las empresas INNOVA EMPRESARIAL SRL e INNOVATEL SRL vincula a las mismas por propiedad y administración a Directores y Ejecutivos del Fondo, de acuerdo con los hallazgos

De lo dicho precedentemente el recurrente debe considerar que el Informe /ASFI/DSR II/R-11328/2009 de fecha 17 de junio de 2009, forma parte de la etapa de Diligencias Preliminares, en sujeción a la normativa administrativa, no siendo válido el argumento de que existiría una contradicción entre el informe y la imputación, ya que estas actuaciones realizadas por la administración no son más que la recolección, investigación y acumulación de elementos de convicción previos al inicio de un procedimiento sancionador y no así como señala el recurrente, como un pronunciamiento expreso e inmodificable por parte de la administración.

Esta atribución de la Autoridad respaldada en la normativa sectorial, se encuentra expresamente determinada en el Artículo 31 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

*"I. Las inspecciones regulares o periódicas que realicen las Superintendencias Sectoriales, de acuerdo a normas sectoriales, con el propósito de contar con elementos de convicción que permitan iniciar o resolver un procedimiento con más acierto, podrán ser dispuestas por los Superintendentes Sectoriales de oficio o a solicitud de parte interesada con el fin de verificar en forma directa, a través de sus funcionarios o peritos designados con ese objeto y en el lugar de los hechos, las circunstancias y/o irregularidades del caso. (...)"*

Por lo que queda claro, que las Diligencias Preliminares, constituyen una identificación y la misma en cuanto corresponda se formaliza en la Notificación de Cargos que inicia el proceso administrativo sancionatorio.

### **1.3.-Nulidad por imprecisión técnica esencial en parte resolutive de Resolución 344/2010 y fundamenta nulidad por falta de calificación del proceso.**

En cuanto a la supuesta imprecisión técnica esencial, se tiene que la Resolución ASFI/Nº 344/2010 de 10 de mayo de 2010, que resuelve confirmar la Resolución ASFI Nº **183/2009 (sic)** de 12 de marzo de 2010, error que se entiende, bajo los principios del derecho administrativo como un lapsus calamis (error involuntario e inconsciente al escribir), toda vez que si bien existe un error en el numeral, el mismo es aclarado en el literal de la fecha, (12 de marzo de **2010**).

Dicho esto queda claro que es un error de escritura y no así como mal interpreta el recurrente, al señalar que este sería una imprecisión técnica esencial que habría viciado el procedimiento administrativo de nulidad.

Es más, la Ley del Procedimiento Administrativo Nº 2341 en su artículo 35 establece las causas por las cuales un acto administrativo es nulo " **I) Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio; b) Los**



que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible; **c)** Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; **d)** Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y **e)** Cualquier otro establecido expresamente por Ley', por lo que, queda demostrado que el error cometido de manera involuntaria por la Autoridad de Supervisión Financiera, no se adecua a ninguno de los incisos citados por la Ley, no siendo por ende pertinente viciar de nulidad el procedimiento, más aún cuando el mismo se ha llevado de acuerdo a derecho.

Ahora bien, en cuanto a la supuesta falta de calificación del proceso, se tiene y como ya se expuso en el punto anterior la normativa administrativa ya determinado el proceso a seguir, siendo la Notificación de Cargos, la formalización de la etapa de iniciación del proceso sancionatorio, por lo que el argumento del recurrente no tiene asidero legal ya que se ha cumplido con el procedimiento sancionador.

#### **1.4.- Pronunciamiento expreso de disociación al Art.50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras-Informe SB/SNB/D-62549/2002 del 18 de diciembre de 2002.**

Con relación al informe **SB/SNB/D-62549/2002 del 18 de diciembre de 2002** al que hace referencia el recurrente, debe considerarse lo siguiente, los contratos efectuados por INNOVA EMPRESARIAL SRL. provinieron de una consultaría con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD por cuanto se determinó que el Fondo Financiero Privado Prodem, no se había beneficiado de los desembolsos efectuados, toda vez que estos han sido realizados a favor del proyecto contratado por el PNUD.

Sin embargo de ello, no puede considerarse ni valorarse el informe SB/SNB/D-62549/2002 del 18 de diciembre de 2002, debido a que si bien se hace referencia a que existió una contratación por parte del Fondo Financiero Privado Prodem S.A con la empresa INNOVA EMPRESARIAL SRL, ésta se debió justamente a una consultoría (PNUD). En el presente caso se evidencia lo contrario, que el Fondo Financiero Privado Prodem S.A. de manera directa es el que contrata a las empresas INNOVA EMPRESARIAL SRL e INNOVATEL SRL para que estas presten servicio técnicos al mismo Fondo Financiero Prodem S.A y que tanto las empresas INNOVA EMPRESARIAL S.A e INNOVATEL S.A. estarían vinculadas por propiedad a los directores y ejecutivos del Fondo Financiero Prodem SA.

Ahora bien, no debemos olvidar a su vez que conforme a lo ya expuesto en líneas arriba, los informes en general constituyen los elementos de información que pueden o no considerarse, ya que en todo caso será la Nota de Cargos, la que determine porque infracción se inicia el proceso sancionatorio. Por lo tanto la recolección, investigación y acumulación de elementos de convicción previos al inicio de un procedimiento sancionador no puede ser considerados como inmodificables sino a través de la misma se deberá determinar la existencia o no de presuntas infracciones y proceder si corresponde con el inicio del proceso sancionatorio.

**1.5.- El recurrente señala que la ASFI omite considerar que en el presente caso habría una inexistencia de actividades de intermediación financiera, servicios auxiliares o celebración de operaciones de crédito a su vez omite diferenciar dos conceptos una acción u operación de crédito de lo que es una simple compra y venta administrativa de tecnología para la entidad.-**

Si bien las operaciones observadas y sancionadas de adquisición de bienes y servicios, como tales encuentra dificultades para ser catalogadas como operaciones crediticias (aspecto que es abordado posteriormente) cabe hacer notar que la afirmación "...es una operación **simple** de compra y venta..." argüida por el recurrente, no es evidente. En particular nos referimos a la palabra "simple".

En efecto la evaluación del expediente y de cada una de las operaciones realizadas no pueden catalogarse como "simples" debido a que presentan una serie de características **anómalas o al menos atípicas** que distan de aquellas que dan lugar en una compra venta común y que a continuación se señalan.

- La concesión de adelantos o anticipos materiales (del 50% y 80%) inusuales en las operaciones de compra realizadas y observadas, encontrándose que en el informe /ASFI/DSR II/R-11328/2009 se muestra en su anexo "5" Bs. 7.721.074 en anticipos efectuados en su mayoría en las gestiones 2007 y 2008.
- Los plazos inusuales en que los mencionados adelantos estuvieron vigentes por 99 días, 179 días , 189 días, 688 días y cuyo costo de oportunidad alcanzó estimativamente a Bs. 1.199.902,29 si dichos adelantos hubieren sido utilizados en el giro del negocio (Anexo 6 del Informe /ASFI/DSR II/R-11328/2009).
- La falta de ejecución de multas previstas en los contratos, por efecto de retrasos en la entrega de los objetos y/o servicios contratados, que según el punto 2.2.1 del referido Informe 11328/2009, alcanzan Bs. 651.223.-
- Las garantías exigidas en los contratos observados cuya fortaleza es claramente menor a aquellas que los manuales de procedimientos de adquisición de bienes y servicios del fondo requerían en condiciones normales.
- Finalmente la relación de vínculos de administración y propiedad entre el comprador y el vendedor que es inexcusable y determinante para la evaluación de los puntos anteriores.

Todos estos aspectos permiten establecer que las operaciones no pueden conceptualizarse como simples, tal como las cataloga el recurrente. Más por el contrario, representan en todo caso operaciones inusuales que se ven agravadas por

el hecho de presentar la vinculación mencionada precedentemente y que al menos comprometen la eficiencia de manejo de recursos patrimoniales de PRODEM S.A.

Ahora bien en referencia a la asimilación de “crédito” que efectúa la ASFI a las operaciones observadas, conviene hacer un análisis completo de la definición, trayendo a colación la Ley de Bancos y Entidades Financieras que la define en su artículo 1 de la siguiente manera:

*“Crédito: Es todo **activo de riesgo**, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su **recuperación**, provee o se compromete a **proveer fondos** u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes.”* (negritas insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como puede observarse el crédito está definido como un “activo de riesgo” que la entidad financiera provee con el objeto de recuperarlo posteriormente. Es decir el objeto de dicha operación es la recuperación del mencionado activo de riesgo. Y es justamente la incertidumbre o probabilidad asociada a su recuperación que convierte a los fondos provistos en un activo “de riesgo”.

Por tanto el crédito tiene una característica, un objeto (tanto para el que otorga el mismo como para el que recibe) y una forma específica de instrumentarlo. Si bien esta última, -de acuerdo a la Definición legal provista-, es genérica e irrestricta, no puede desprenderse o aislarse de las otras dos características fundamentales anotadas.

Las operaciones observadas por el Ente Supervisor, cumplen a cabalidad algunas de las características anotadas aquí. A continuación se desarrollan las mismas:

En referencia a si estas operaciones han constituido un activo de riesgo para el Fondo Financiero Privado, se puede afirmar que en el extremo, si lo constituyeron, aunque de una forma diferente a la que un crédito lo hace. Recordemos que el concepto de “activo de riesgo” es un concepto general y el “crédito” como tal es uno de tipo particular que puede catalogarse como uno de los diferentes tipos de activos de riesgo.

Se puede afirmar que en el extremo estas operaciones, sí constituyeron activos de riesgo para el Fondo, puesto que generaron adelantos monetarios, los cuales, por su naturaleza y de acuerdo al manual de cuentas utilizado, así como los principios generalmente aceptados de contabilidad (PCGAs), no son reconocidos de inmediato como gasto, sino más bien como un activo dentro de la contabilidad de la entidad financiera.

Es decir, los montos erogados en calidad de "adelanto", contablemente son registrados como activos del Fondo y se mantienen como tales mientras no se concrete la operación de compra-venta. Únicamente cuando ésta operación se ha concretado, dichos montos dejan de ser un activo "pago por adelantado" para convertirse en el gasto que conlleva la compra de un bien o servicio. Es decir se reconocen como un gasto dentro del estado de resultados y afectan la utilidad.

A más abundamiento, estos pagos por adelantado, registrados en el activo de la contabilidad, también están sujetos a una calificación, puesto que si la transacción no se realiza o por ejemplo el proveedor nunca entrega lo convenido, los mismos PCGAS, requieren que sean provisionados, en la medida que pueda o no concretarse la operación de compra venta o bien en función a su recuperación judicial o extrajudicial.

Por tanto, las operaciones observadas han generado activos de riesgo para el Fondo, pero dichos activos de riesgo son esencialmente diferentes a aquellos que genera un "crédito" como tal, puesto que el objeto de los mismos es diferente, aspecto que se desarrolla más adelante.

En cuanto al objeto de la operación "crédito", debe distinguirse aquí dos tipos: el objeto que tiene un crédito para el que lo otorga (en este caso el fondo financiero privado) y el objeto para el que lo recibe. Abordaremos este último anotado.

Es un hecho que la provisión de fondos en forma de adelantos materiales, no fue otra cosa que un financiamiento a los proveedores del bien o servicio, ya que en una operación "simple" y normal como la que el recurrente pretende asemejar, el adelanto o cuota inicial no es otra cosa que un compromiso de seriedad del comprador con la finalización de la transacción y a veces dicho adelanto cumple incluso con las funciones de garantía de seriedad.

Hablar de 50% u 80% de adelanto, es atípico y muestra no solo irracionalidad en la compra, sino también una falta absoluta de capital de operaciones del vendedor que lo convierte en un simple intermediario "sin suficientes fondos" entre el proveedor verdadero y el destinatario final del bien o servicio.

Aún más si dichos adelantos, se encuentran asociados a plazos desmesurados para el cumplimiento del que vende, se ratifica no solo el financiamiento al mismo, sino también la irracionalidad de la operación pues esta provisión de fondos estuvo sujeta a un costo nulo para dicho vendedor.

Con adelantos de tal naturaleza y sujeto a plazos amplios, resultaba más conveniente para la entidad no solo la importación directa o compra directa del proveedor original de los bienes y servicios, así como la contratación directa de los consultores que

efectivamente otorguen los servicios adquiridos, sin la necesidad de que intervenga un tercero que, no solo se beneficie per se con un financiamiento a costo "cero" sino también encarezca la operación por los beneficios que pretende lograr.

Resulta no solo ilógico sino sobre todo carente de sentido que una entidad de intermediación financiera, que diariamente hace uso de un principio financiero básico como aquel que postula: **"el dinero tiene un costo en el tiempo"** incurra en este tipo de manejos discrecionales y claramente atentatorios a los intereses de la propia institución, por sumas que, conforme nos muestran los antecedentes, superan el millón de dólares americanos y sobre todo con un importante costo de oportunidad en su propio giro.

Por tanto, ésta también es una característica que cumplen las operaciones observadas, puesto que la definición aportada por la ley claramente establece: "proveer fondos" y no otra cosa ocurrió en los hechos.

Los vendedores de los bienes y servicios contratados por el Fondo Financiero Privado, se beneficiaron de fondos a un costo "cero" para la adquisición de los bienes o servicios que al final entregaron. Aquí la característica de los adelantos materiales y los plazos excesivos permiten respaldar el beneficio aludido y la consecución del objeto para quien recibe los fondos. Abundar mas en el tema resulta excesivo, puesto que en condiciones normales los vendedores ante una cuota inicial o adelanto racional, normal y típica de la operación, debieron financiar de alguna forma los recursos necesarios para alcanzar el costo de los bienes o servicios finalmente vendidos. Lo cual no fue necesario en aquellos contratos en que los adelantos fueron excesivos.

La consecuencia del análisis realizado es casi inmediata, si bien las operaciones observadas pueden cumplir: la característica del crédito, así como el objeto para quien lo recibe, es también cierto y evidente que no pueden cumplir **el objeto que posee un crédito para quien lo otorga**, es decir para el Fondo Financiero Privado.

Esto es así puesto que el objeto de la entidad e intermediación financiera al proveer fondos que se convierten en activo de riesgo, denominado "crédito" es la recuperación del mismo activo que entrego y en ningún caso de otro distinto.

No es otra cosa lo que se establece en la definición del artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras cuando enuncia: **"asumiendo el riesgo de su recuperación"**. Obsérvese que la ganancia o interés no es parte de la definición de crédito en la ley, por ello no podemos asumir que el objeto o fin exclusivo radica en esa ganancia

En el presente caso el Fondo Financiero Privado PRODEM S.A. entregó fondos con el objeto de recibir a cambio bienes y servicios y con ese exclusivo objeto. Si bien dentro de la colocación de créditos al final de la operación y si su recuperación es infructuosa, la entidad puede recibir a cambio bienes (normalmente dados en

garantía), el fin último de ello es convertirlos en el activo que entrego inicialmente. Es decir el objeto primario en la concesión de un crédito es la recuperación del monto entregado.

De esta manera y tal como se lo expuso antes, (sin considerar la forma en que se instrumenta el crédito, dado que ésta es libre e irrestricta de acuerdo a la definición de la Ley) si bien pueden asimilarse algunas de las características de las operaciones observadas a aquellas que definen al "crédito" no pueden prescindirse de ninguna de ellas y en el presente caso una en particular "la recuperación del activo de riesgo" no cumple con la definición técnica de "crédito"

A su vez se tiene que el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto al principio de tipicidad refiere que solo se podrán imponer aquellas sanciones establecidas en las disposiciones reglamentarias, si bien en el presente caso tanto la sanción así como la infracción están determinadas en la norma, se debe determinar si la conducta presuntamente infractora se adecua o se subsume a la de un crédito vinculado, como infracción calificada y sancionada.

#### **1.6. El recurrente señala que las operaciones supuestamente observadas y sancionadas habrían prescrito, por lo que solicitan previo y especial pronunciamiento.-**

Sobre la prescripción Capitant señala que la misma: "...es un modo de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. Opera como excepción cuando el deudor la opone a la acción del acreedor que se ha descuidado exigir el cumplimiento de una obligación".

Asimismo expresa que:

*" 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 los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción".*

En nuestro ordenamiento administrativo, la prescripción en cuanto a infracciones y sanciones se encuentra normada en la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 79, Capítulo VI que dice: "Las Infracciones prescribirán en el término de dos años. Las sanciones impuestas se extinguirán

*en el término de un 1 año. La prescripción de las sanciones se interrumpe mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)"*

En este entendido, corresponderá determinar el momento que empieza a correr la prescripción, que siguiendo la doctrina se debe tomar en cuenta dos momentos, **el primero y el que cobra relevancia en el presente caso, se da desde la fecha de la comisión de la infracción o falta administrativa hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se haya iniciado (el cual a su vez suspende el plazo de la prescripción).**

El segundo momento, es el que computa el plazo para la prescripción desde el día siguiente en que la sanción adquiere firmeza administrativa o por paralización del procedimiento administrativo sancionador, la fecha de inicio de la prescripción se empieza a contar desde la última actuación administrativa de contenido material sancionador que se celebró y a partir de la cual el procedimiento se paralizó de forma ininterrumpida. Esta interpretación coincide plenamente con lo expresado por esta Superintendencia General del SIREFI, mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/07 de 10 de enero de 2007.

Subsumiendo al caso de autos, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió informe/ASFI/DSR II/R-11328/2009 el 17 de junio de 2009 mediante el cual se determinó a fs. 16, a13, en el punto 2.8.1 la supuesta vinculación entre las empresas INNOVATEL SRL e INNOVA EMPRESARIAL SRL con algunos ejecutivos del Fondo Financiero Prodem S.A.. De igual modo a fs. 14 la Autoridad Fiscalizadora expresa que se verificó la contratación de estas dos empresas durante las gestiones 2005 al 2009 con el Fondo Financiero Prodem S.A. ambas vinculadas por propiedad y por administración.

En fecha 9 de octubre de 2009, mediante nota ASFI/DSR II/R-45070/2009 se pone en conocimiento del Fondo Financiero Privado Prodem S.A. la notificación de cargos por el supuesto incumplimiento del artículo 50 inciso a), bajo el criterio establecido en el inciso b), numeral 2, concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Importa a su vez hacer referencia a que la Autoridad de Supervisión a la hora de la notificación y posterior sanción no ha individualizado los supuestos créditos vinculados que hubiera cometido PRODEM dando una sanción única por la supuesta infracción cometida.

Sin embargo, se constata que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha valorado la existencia de casos prescritos, cuya data es mayor a los dos años determinados por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin embargo al haberse ya dilucidado el fondo del Recurso, conforme se procedió en el numeral anterior, ya no corresponde mayor análisis sobre el particular.

#### **CONSIDERANDO:**

Realizado el análisis técnico legal, cual se procedió en el considerando anterior, debe complementarse el mismo con la verificación del cumplimiento de los principios que hacen al derecho administrativo sancionador, cual se procede a continuación.

Conforme dicta la doctrina, para la determinación de una sanción, es obligación del fiscalizador seguir el proceso administrativo correspondiente, y determinar a ciencia cierta la existencia del tipo infringido, es decir no podrá haber sanción si la infracción no se encuentra tipificada clara y específicamente. Caso contrario constituirá en una violación al principio de tipicidad y congruencia, por los que deben encontrarse revestidos –entre otros- los procesos sancionatorios, y constituir obligación de la Entidad Fiscalizadora ejecutar su facultad sancionadora dentro del marco de los mismos.

En este sentido, se pronunció las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto y SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006, conforme se transcribe a continuación:

*'(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum 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'*

*'(...) En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de **predeterminación normativa** de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. De acuerdo a este contexto, en materia administrativa, el principio de tipicidad es plenamente válido, sin embargo, ciertas Leyes de nuestro ordenamiento jurídico mantienen ciertas conductas deontológicas, consideradas incumplimientos, a las que se tiene que conectar efectos sancionatorios. **Estas conductas no pueden considerar conceptos jurídicos indeterminados**, puesto que se activan en casos concretos, y para ser efectivos...'*



Es así que, la ciencia del derecho administrativo sancionatorio, acerca de la conducta como elemento del tipo infringido, señala que la conducta es el comportamiento contenido en la descripción normativa.

Al respecto, el maestro Reyes Echandía afirma *'como quiera que desde el punto de vista gramatical la conducta típica es una oración, su contenido gira en rededor del verbo principal lo único que la gobierna; por eso se llama "verbo rector" o "núcleo rector del tipo". "es por tal modo importante el estudio del verbo como núcleo del tipo, que bien puede afirmarse que la interpretación judicial de las leyes penales que describen hechos delictivos es básicamente interpretación de los verbos principales utilizados por el legislador para describir las conductas ilícitas (...)"*

La cita anterior, en cuanto a la subsunción de la conducta al tipo administrativo, es perfectamente aplicable al tema que nos ocupa, de ahí que la interpretación de las normas sancionatorias, en general, siempre giran en torno al análisis de las conductas establecidas normativamente como infracciones y, por consiguiente, en torno a la naturaleza de los verbos utilizados por el legislador.

De lo dicho se tiene, que en el caso concreto la supuesta infracción corresponde a la violación al artículo 50 inciso b), numeral 2 que a la letra dice:

*"con relación a las operaciones de crédito, deberá cumplirse lo siguiente: A) Las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculadas a ellas. B) Será considerado vinculado a una entidad financiera todo prestatario o grupo prestatario que reúna una o más de las siguientes características (...) 2. Desempeñe en la entidad financiera funciones directivas, ejecutivas de control interno, o que preste asesoramiento permanente en las instancias superiores de su administración. Será igualmente considerado prestatario vinculado toda persona jurídica con fines de lucro en la que los mismos participan(...)"*

De susentido natural se concluye sin esfuerzo que la conducta que debe subsumirse en el tipo y objeto de reproche es que las entidades financieras no podrán otorgar créditos vinculados. En el presente caso y como se analizó y fundamentó en el Considerando anterior, no se ha configurado un crédito como tal, al no reunir las características que hacen al mismo, por lo que no se abre la facultad de la Autoridad Fiscalizadora para sancionar al no aplicar el tipo específico imputado a la conducta del Fondo Financiero Prodem S.A. en el presente caso.

Es así que la Autoridad Fiscalizadora, no puede imputar cargos y sancionar por los mismos, cuando las acciones del administrado no se enmarcan dentro del tipo imputado y más aún cuando responden más a criterios propios de la Autoridad.

La Autoridad Fiscalizadora, no debe olvidar, que los regulados deben tener la certeza de conocer cuáles son sus obligaciones y no quedar en la incertidumbre como ocurrió

en el presente caso, que se siguió el proceso hasta la sanción, pese a que la infracción supuesta cometida, se basaba en el criterio del fiscalizador y no en la normativa como tal, cual hubiera correspondido.

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha seguido los principios de tipicidad y congruencia que debe regir todo proceso sancionatorio, habiendo sancionado una conducta no tipificada, y basada en criterios propios, que no hacen el debido proceso y correcto cumplimiento del procedimiento administrativo sancionatorio, siendo una condición sine quantum para la imposición de una sanción.

Que, sin embargo, se demuestra que los actos cometidos por el recurrente, constituyen un Activo de Riesgo, mismo que sin duda puede influir en la solvencia financiera de las Entidades Financieras, por lo que corresponde que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de sus obligaciones, considere la emisión de normativa prudencial que evite dicha situación, precautelando de esta manera los ahorros del público.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR TOTALMENTE** la resolución impugnada.

#### **POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 344/2010 de 10 de mayo de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 183/2010 de 12 de marzo de 2010 ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**

**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**AP/DJ N° 149/2010 DE 30 DE JUNIO DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2010 DE 14 DE OCTUBRE DE 2010**

## **FALLO**

CONFIRMA TOTALMENTE



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 026/2010**

La Paz, 14 de octubre de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 149-2010 de 30 de junio de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 85-2010 de 20 de abril de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº050/2010 de 01 de octubre de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 22 de julio de 2010 **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones**, presentó Recurso Jerárquico legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 149-2010 de 30 de junio de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 28 de julio de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones**.

## **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 85-2010 DE 20 DE ABRIL DE 2010.-**

Que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones- AP, resuelve que:

**"PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a \$usl.050,00 (UN MIL CINCUENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 4 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de junio de 2007.

**SEGUNDO.-** I. Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.

II. Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito"



## **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

Por memorial presentado el 31 de mayo de 2010 ante la Notaria de Fe Pública de Primera Clase N° 035 del Distrito Judicial de La Paz, Dra. MARIA REBECA MENDOZA GALLARDO, Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010.

En fecha 1 de junio de 2010, dicho Recurso de Revocatoria fue presentado por Futuro de Bolivia S.A. ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

## **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 149-2010 DE 30 DE JUNIO DE 2010.-**

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 149-2010 de 30 de junio de 2010, se declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010 bajo los siguientes fundamentos:

### **“CONSIDERANDO:**

*Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado el 01 de junio de 2010, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.*

*Que de acuerdo a los artículos 46 y 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Recurso de Revocatoria debe ser interpuesto ante la misma Autoridad que dictó la Resolución Administrativa recurrible, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la misma.*

*Que conforme lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para esta Autoridad, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.*

*Que por memorial presentado el 01 de junio de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso de Revocatoria contra la R.A. 85 - 2010, emitida por esta Autoridad, por medio de la cual sanciona con relación a la imputación de cargos realizada mediante nota de cargos AP/DJ/633/2010 de 05 de marzo de 2010.*

*Que la R.A. 85 - 2010, fue notificada a Futuro de Bolivia S.A. AFP el 10 de mayo de 2010, tal como evidencia la constancia de la notificación que cursa en el expediente.*

Que en el presente caso se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. AFP, presentó el Recurso de Revocatoria ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, fuera de plazo señalado en el artículo 48, pues la interposición del Recurso se efectuó el 01 de junio de 2008, es decir a los diez y seis (16) días hábiles administrativos de efectuada la notificación.

Que en consecuencia, toda vez que no se dio cumplimiento al plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria, esta Autoridad, se encuentra inhabilitada de conocer y resolver el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

#### **CONSIDERANDO:**

Que de los antecedentes se tiene que, el regulado, en lugar de presentar su recurso impugnatorio a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, lo hizo en día y hora hábil administrativo ante la Notaría de Fe Pública N° 35 en fecha 31 de mayo a horas 18:30 p.m., a cargo de la Dra. María Rebeca Mendoza Gallardo, quien dio fe de lo siguiente:

"Presentado en fecha treinta y un (sic) de mayo 2010, a horas 6:30 (sic), de conformidad al art (sic) 97 del Cdgo. (sic) de Pdto (sic) Civil, adjuntando fotocopia simple de una guía de consignación N - 079663.- Doy Fe."

Que del análisis de la referida diligencia notarial, la misma es aplicable únicamente para actuaciones procedimentales en el ámbito jurisdiccional civil, conforme lo dispone el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo siguiente:

"Art. 97.- (PRESENTACION EN CASO DE URGENCIA) **En caso de urgencia y estando por vencer algún plazo** perentorio, **los escritos** podrán ser presentados en la casa del **secretario o actuario**, quien hará constar esa circunstancia en el cargo. Si no fueren encontrados, el escrito podrá presentarse ante otro secretario o actuario o ante un notario de fe pública del respectivo **asiento judicial.**" (negritas insertas corresponden a la AP)

Que en ese sentido se concluye que, la diligencia practicada ante Notario de Fe Pública en día y hora hábil administrativo, no tiene efectos legales en el presente proceso administrativo; por lo tanto el Recurso interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP se debe considerar improcedente al haber sido recepcionado el mismo ante esta Autoridad, un día después del plazo establecido por normativa vigente para el Sistema de Regulación Financiera.

#### **CONSIDERANDO:**

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones

- AP, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.(...)"

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

Mediante memorial presentado el 22 de julio de 2010, **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 149-2010 de 30 de junio de 2010, argumentado lo siguiente:

##### **"(...) I. ANTECEDENTES**

Dentro del plazo establecido en el Artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre del 2003, que tiene por objeto reglamentar la Ley N° 2341 de 25 de abril de 2001- Ley de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Financiera y dentro del plazo legal previsto, el día 31 de mayo de 2010 a hrs. 18:30, interpusimos Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ("AP"), que nos fuera legalmente notificada en fecha 10 de mayo de 2010, en oficinas de la Notaria de Fe Pública a cargo de la Dra. María Rebeca Mendoza Gallardo, en vista de la urgencia e imposibilidad que teníamos de acceder a la Autoridad de Fiscalización y Control Social del Pensiones (AP), toda vez que estaba por vencer el plazo perentorio para la interposición del Recurso de Revocatoria.

El día siguiente, es decir el 1 de junio de 2010, a hrs. 09:33, presentamos el memorial del Recurso de Revocatoria, con el cargo de presentación en la Notaria, a la AP para su correspondiente tramitación. Posteriormente, en fecha 7 de julio de 2010 (prácticamente más un mes después de la presentación del Recurso de Revocatoria) la AP nos notifica con la Resolución Administrativa AP/DJ/No. 149-2010 de 30 de junio de 2010, mediante la cual se resuelve declarar improcedente nuestro Recurso de Revocatoria, hecho que vulnera totalmente nuestros derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y que viola los principios administrativos de legalidad, sometimiento pleno a la ley, buena fe, presunción de legitimidad y de eficacia, consagrados en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

##### **II.FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO**

El escaso argumento en el que la AP basa su decisión para la declaratoria de improcedencia, es que en criterio de ese órgano de regulación la diligencia notarial es aplicable únicamente para actuaciones procedimentales en el

ámbito jurisdiccional civil y que la diligencia practicada por el Notario no tiene efectos legales en el proceso administrativo.

Al respecto se debe señalar que la posibilidad de presentación de un recurso en caso de urgencia y estando por vencer algún plazo perentorio, se encuentra claramente definida en el Artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, norma que si bien es citada por la AP, en ningún momento es controvertida con fundamento alguno por parte de esa autoridad.

Por otra parte, de conformidad al Artículo 1 de la Ley del Notariado, es una obligación clara del propio Notario de autorizar todos los actos con sujeción a las prescripciones de la Ley, es decir que los Notarios de Fe Pública deben enmarcar sus actos a lo expresamente dispuesto en la Ley.

El Notario de Fe Pública precisamente está para dar fe de la realización de las actuaciones que se le encomiendan, acreditando fe pública a las mismas e invistiendo a los actos en los cuales participa, la calidad de actos o documentos públicos, es decir oponibles en toda forma de derecho, sin que puedan ser controvertidos sino mediante un proceso judicial, por ello es que los documentos notariales y/o las actuaciones en (sic) con la concurrencia de notario, no pueden ser desconocidas ni puestas en duda. La participación de un notario en un acto, implica la fe del Estado, sin importar la naturaleza de la actuación, ni las instancias en las cuales se aplica. Es decir que las actuaciones de un Notario son válidas en cualquier ámbito, sea judicial, administrativo, privado, etc.

Si la participación del notario sería válida únicamente en las actuaciones procedimentales en el ámbito jurisdiccional civil (como afirma la AP), dentro de los procedimientos administrativos no tendrían que admitirse los poderes, testimonios de constitución y otros documentos notariales, situación que crearía un caos jurídico y no sería posible que las relaciones jurídicas entre particulares entre sí o con el Estado puedan conducirse sin certeza legal.

### **III. PETITORIO PARA LA ADMISIÓN**

Debe quedar claro que la AP no observa la forma ni efectividad de la presentación de nuestro Recurso de Revocatoria ante Notario de Fe Pública, sino que afirma que la participación de un Notario de Fe Pública para la presentación de un recurso, no se aplica al procedimiento administrativo aspecto que hemos demostrado no es evidente.

Por lo expuesto, solicitamos a la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, luego de recibir el expediente y proceder al cotejo de nuestros fundamentos, se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico para proceder con el análisis de fondo.

### **IV. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DEL TEMA DE FONDO.**

A continuación, pasamos a expresar nuestros fundamentos con relación a los aspectos sancionados por el regulador, los mismos que son bastante claros, precisos y concretos.

De conformidad con la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474, que en su artículo 3, numeral II OBLIGACIONES DE LA AFP párrafo antepenúltimo párrafo, indica que: "Vencido el plazo de cinco (5) días administrativos, a contar desde la fecha en la que la AFP recepcionó el Formulario de Solicitud y la documentación respaldatoria, y si la verificación de datos estuviera conforme o al momento en que se subsanen las observaciones expresadas en los párrafos anteriores, la AFP dará su conformidad a la solicitud de Jubilación, estampando un sello de visto bueno...".

La misma Resolución Administrativa arriba citada en su artículo 4° (VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS) segundo párrafo, establece que "Para que las EA y AFP realicen la verificación de requisitos de jubilación del Afiliado, en un plazo no mayor a los seis (6) días hábiles administrativos de consignado el visto bueno de la AFP en la Solicitud de Jubilación, deben haber recibido de la AFP de registro la siguiente información:.....".

Toda vez que conforme establece la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85/2010 en el párrafo segundo del tercer CONSIDERANDO, la imputación con cargos a Futuro de Bolivia AFP por parte de la AP corresponde al hecho de que la AFP no habría cumplido el plazo establecido en el segundo párrafo del artículo 4 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de junio de 2007, para realizar la solicitud de verificación de incumplimiento de requisitos a BBVA Previsión AFP S.A., en el caso de la Afiliada Nieves Gutiérrez Pinto de Jiménez con NUA 27298851, corresponde realizar las siguientes aclaraciones:

- La Afiliada presentó solicitud de jubilación en fecha 15/09/2009.
- El Visto Bueno de nuestra AFP, conforme al artículo 3, fue otorgado (sic) dado por nuestra AFP en fecha 17/09/2009.
- El día viernes 25 de septiembre de 2009, como consta en la copia del recibo adjunto al Recurso de Revocatoria, nuestra AFP entregó la nota dirigida a BBVA Previsión AFP, al servicio de Courier SAS quien la remitió durante el fin de semana y la misma fue recibida por la mencionada AFP BBVA el día lunes 28 de septiembre de 2009, es decir el día hábil siguiente del envió por nuestra parte, por lo que el plazo para remitir las notas de solicitud de verificación de requisitos de 6 días hábiles administrativos fue cumplido a cabalidad ya que el plazo está claramente fijado para el envió y no para la recepción.
- Para este trámite todas las otras etapas se cumplieron dentro de los plazos establecidos, permitiendo a la Afiliada contar con las propuestas

*precisamente el día 18° (décimo octavo día hábil), mismo día en el que la afiliada procede a la selección de modalidad de Jubilación y suscribe su Contrato, por lo que el pago de pensión se inicia a partir de ese mismo mes y no existe ningún perjuicio a la afiliada.*

*Por lo arriba descrito, nos corresponde impugnar la sanción impuesta por la AP, ya que como se describe anteriormente, no existe la contravención y en el supuesto pero no consentido caso que exista alguna contravención, debe tomarse en cuenta que no existe daño para los fondos ni perjuicio para el solicitante de Pensión de Jubilación.*

#### **V. PETITORIO.**

*Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente y considerando que no se ocasionó perjuicio alguno y que a la fecha nuestra AFP ha tornado acciones dirigidas a mejorar aún más este procedimiento (procederemos a notificar electrónicamente), mediante el presente Recurso Jerárquico y de conformidad al Artículo 52° y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, solicitamos la REVOCATORIA de la referida Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de fecha 20 de abril de 2010(...)"*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

De la revisión del expediente administrativo se tiene que **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones** por memorial presentado el 1 de junio de 2010, presentó ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010, sin embargo en la última página de dicho memorial que cursa en el expediente administrativo a Fs. 73, se encuentra representación notarial dada por la Notaria de Fe Pública de Primera Clase N° 035 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Maria Rebeca Mendoza Gallardo, que da fé de lo siguiente:

*"Presentado en fecha treinta y uno de mayo 2010, a horas 6:30, de conformidad al Art 97 Cdgo. de Pdto. Civil, adjuntando fotocopia simple de una guía de*

consignación N-079663 Doy fe. “

Que, conforme al Artículo 1 de la Ley de Notariado de 5 de marzo de 1858, los notarios son funcionarios públicos, cuyas obligaciones se centran en la autorización de todos los actos y contratos a que las partes quieran dar el carácter de autenticidad, claro está con sujeción a las prescripciones de la ley.

Que, el Artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, (en el que la Notario respalda la representación que realiza), determina que:

**"En caso de urgencia, y estando por vencer algún plazo perentorio, los escritos podrán ser presentados en la casa del secretario o actuario, quien hará constar esta circunstancia en el cargo. Si no fueren encontrados, el escrito podrá presentarse ante otro secretario o actuario o ante un notario de fe pública del respectivo asiento judicial".**(negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, de igual modo y conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, que en su línea jurisprudencial refiere al cumplimiento de plazos expresa en las Sentencias Constitucionales: 1583/2003-R de 10 de noviembre, 0652/2007-R de 30 de julio y 0104/2007 de 6 de marzo de 2007 lo siguiente:

**"(...)En caso de urgencia, y estando por vencer algún plazo perentorio, los escritos podrán ser presentados en la casa del secretario o actuario, quien hará constar esta circunstancia en el cargo. Si no fueren encontrados, el escrito podrá presentarse ante otro secretario o actuario o ante un notario de fe pública del respectivo asiento judicial. Consecuentemente, el acto de presentación de un recurso ante Notario de Fe Pública es válido o auténtico hasta tanto no se demuestre lo contrario, y por lo mismo, no puede negarse un recurso presentado ante este funcionario, basándose en apreciaciones meramente subjetivas.(...)"**(negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consecuentemente de lo transcrito líneas arriba se tiene que es innegable la habilitación de presentación de un Recurso de Revocatoria ante Notario de Fe Pública **tanto en el ámbito civil como en el administrativo**, sin embargo y fundamentalmente, esta presentación no se aplica como **una medida sustitutiva o alternativa** para la presentación de recursos de impugnación, ya que la misma corresponde sea aplicadasolamente **cuando existan circunstancias excepcionaleso de fuerza mayor que hicieran imposible seguir lostrámitesestablecidos en la ley.**

En materia administrativa, las entidades reguladas, se encuentran obligadas a dar cumplimiento de los plazos, mismos que son fatales, al estar expresamente

determinados en la norma aplicable, siendo la excepción la posibilidad de presentación ante Notario de Fe Pública, que avale la presentación en tiempo y hora hábiles, pero como se señaló debido a **las circunstancias excepcionales que tengan como característica la urgencia de su presentación.**

En dicha línea de razonamiento, la presentación de un recurso ante Notario, no puede desarrollarse de manera habitual, a voluntad de la parte recurrente y más aún sin la existencia de causal de urgencia que la ampare.

Que, en dicha línea jurídica el Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado mediante Autos A.S. N° 239 de 10 de diciembre de 1997 y A.S. N° 235 de 14 de mayo de 2007, expresando que debe reconocerse como válida la presentación de memoriales y recursos en la casa del secretario o actuario, o ante un Notario de Fe Pública del respectivo asiento judicial cuando expresamente concurren, -debiendo el interesado señalar y fundamentar-caso fortuito o fuerza mayor y urgencia, debiendo hacer constar estos extremos de manera escrita a momento de la presentación ante la autoridad que da fe pública del hecho, el no hacerlo hace que exista una deficiencia en el cargo haciendo improcedente la interposición del recurso.

Por lo que, además de lo expresado, corresponde revisar las figuras de caso fortuito, y fuerza mayor, es así que, 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)(...)"*

Por su parte Guillermo Cabanellas, 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.(...)"*

Por su parte la doctrina en general señala que se considera fortuito, el hecho causado por mero accidente, totalmente imprevisto, sin que medie dolo ni culpa del sujeto. Cuando algo se considera fortuito normalmente hay una exclusión de la responsabilidad. Por **caso fortuito** se entiende la situación no prevista, aleatoria y que no existió voluntad de alguien en su creación. La fuerza mayor o causa mayor, es un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever.

Ahora entre las características de estas dos figuras y siguiendo lo expresado por la doctrina, esta justamente **que el hecho debe 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, sino 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. 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", que los romanos denominaban "*casus dolusvel culpa determinatus*".

Por lo que, queda claro, que para la aplicación de una situación de fuerza mayor, caso fortuito o caso de urgencia, **el hecho debe ser imposible de evitar**.

Subsumiendo lo señalado, al caso de autos, debemos revisar la fundamentación presentada por la AFP recurrente, respecto a la presentación del Recurso ante el Notario de Fe Pública, misma que se transcribe a continuación:

*"... que el mismo fue presentado ante Notaria de Fe Pública a cargo de la Dra. María Mendoza Gallardo, en vista de urgencia e imposibilidad que teníamos de acceder a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP), toda vez que estaba por vencer el plazo perentorio para la interposición del Recurso de Revocatoria (...)."*

De lo transcrito se tiene que el recurrente asevera que al estar por vencer el plazo perentorio para la interposición del Recurso de Revocatorio, presentó –sin más argumento– su Recurso ante Notario de Fe Pública, a la fecha de su vencimiento y aparentemente al límite del horario de recepción que tiene la Autoridad Reguladora, ya que la Notario pone 6:30 sin la especificación de si es "am" o "pm".

De la compulsión del expediente, tenemos que Futuro de Bolivia Administradora de Fondos de Pensiones S.A., no demuestra la existencia de causal que le ampare.

Por lo que, al no demostrarse la existencia de causa de urgencia, ni fuerza mayor, menos caso fortuito, y que la fundamentación se limita a la representación del notario quien realiza una simple referencia al artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, no puede considerarse la misma dentro de los alcances del propio artículo 97.

Por lo señalado, no puede tomarse con válido en el ámbito jurídico administrativo, la aseveración del recurrente de que por el solo hecho de haberse presentado el recurso ante Notario de Fe Pública, el mismo debe ser admitido, toda vez que la norma es de cumplimiento obligatorio y los artículos 46 y 48 de su Decreto Reglamentario No. 27175 de fecha de 15 de septiembre de 2003, claramente determinan que el Recurso de

Revocatoria debe ser presentado ante la Autoridad Reguladora y dentro del plazo fatal de 15 días hábiles administrativos, por lo cual no es admisible la presentación ante otra persona (más allá de que sea Notario de Fe Pública) sin mediar las causales requeridas, es decir sin existir causal que demuestre la urgencia de su presentación.

No debe a su vez olvidarse que si fuera válida la aseveración de la recurrente, no existiría la obligación por parte de la administración y de las partes de tramitar los procesos y procedimientos en los términos y plazos establecidos en la norma, los mismos que son determinados **como plazos obligatorios fatales e improrrogables**, conforme prevé la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario en sus artículos 21 y 32 respectivamente.

Sin perjuicio de la contundencia legal desarrollada up supra, además se debe tomar en cuenta, que el tiempo que le demoró en llevar el Recurso a las oficinas de la Notario, lo debió utilizar para llevar a las oficinas de la Autoridad llamada por Ley para la recepción de Recursos de impugnación, sin embargo no procedió de dicha manera y presentó el Recurso de impugnación, al día siguiente y ni siquiera a primera hora, sino a las 9:30.

Consecuentemente, la Administradora de Fondos de Pensiones, no ha demostrado la vulneración a sus derechos, más por el contrario, se evidencia mediante los hechos de legal trascendencia, que la misma no dio cumplimiento al plazo establecido en el procedimiento administrativo establecido para la presentación de recursos de revocatoria, y que la presentación ante Notario, no puede tenerse como válida, al evidenciarse la inexistencia de causa de urgencia o estado de excepción que se requiere para este tipo de situaciones.

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010, ha obrado conforme a derecho.

Que, en dicha línea de razonamiento, éste Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, al no abrirse la competencia requerida para el efecto, ya que el presente Recurso versa en cuanto a la improcedencia o procedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 149-2010 de 30 de junio de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010 y no así sobre temas de fondo.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a), con relación al Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 149-2010 de 30 de junio de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 85-2010 de 20 de abril de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





## **RECURRENTE**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**AP/DJ N° 207.2010 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2010 DE 05 DE NOVIEMBRE DE 2010**

## **FALLO**

**DESISTIMIENTO**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 27/2010**

La Paz, 5 de noviembre de 2010

### **VISTOS:**

El memorial de desistimiento presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa AP N° 207-2010 de 14 de septiembre de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APN° 163-2010 de 26 de julio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el **Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°051/2010 de 26 de octubre de 2010**, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

## **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado el 23 de septiembre de 2010 **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones**, legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 207-2010 de 14 de septiembre de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP N° 163-2010 de 26 de julio de 2010.

Que, mediante la Resolución Administrativa AP N° 163-2010 de 26 de julio de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió instruir a las Administradoras de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., iniciar las acciones legales correspondientes a los trámites de Devolución Total de aquellos casos en los que se presentan indicios de ilegalidad en la documentación presentada, que cuentan con un certificado suscrito por una persona que no es funcionario del SENASIR y que se encuentran suspendidos por instrucción de dicha Autoridad.

Que, dicha Resolución mereció la interposición del Recurso de Revocatoria por parte de Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones, quien alegó falta de competencia de la autoridad administrativa al haber dictado la Resolución Administrativa AP N° 163-2010 y obligar a la AFP, a iniciar acciones legales, a su vez alega nulidad del acto administrativo ya que este habría sido emitido sin uno de los elementos esenciales como es la competencia, asimismo refiere que la Resolución Administrativa contraviene la Constitución Política del Estado al pretender obligarlos a realizar acciones legales. Estos dos aspectos harían-según el recurrente- que la Resolución Administrativa sea nula de pleno derecho.

Que, tramitada dicha impugnación revocatoria, mediante Resolución Administrativa AP N° 207-2010 de 14 de septiembre de 2010, notificada el 16 de septiembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resolvió declarar improcedente el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa AP N° 163-2010 por no haber cumplido con los requisitos para su admisibilidad.

Que, en fecha 28 de septiembre de 2010, mediante carta No. AP/DJ/2803/2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa AP N° 207-2010 de 14 de septiembre de 2010.

Que, una vez remitido el expediente administrativo, el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros admitió el Recurso Jerárquico a través de Auto de Admisión de de 30 de septiembre de 2010.



Que, posteriormente dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente, a través de carta MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 133/2010 de 7 de octubre de 2010 se fijó audiencia de exposición oral de fundamentos para el día martes 12 de octubre a horas 15:00, sin embargo por carta AJ 111/2010 de 12 de octubre Futuro de Bolivia S.A., solicita suspensión de la misma, pide nuevo día y hora de audiencia de exposición de fundamentos por lo que a través de carta MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 141/2010 de 19 de octubre de 2010 se fija audiencia para el día martes 26 de octubre a horas 15:00.

Que, sin embargo y antes de su realización Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones mediante memorial de 22 de octubre de 2010 presenta desistimiento, en mérito a los fundamentos que textualmente se anotan:

*"... Para fines que en derecho nos corresponden y por así convenir a nuestros intereses y habiendo nuestra AFP iniciado las acciones legales correspondientes, mediante el presente memorial presento desistimiento al Recurso Jerárquico interpuesto a la Resolución Administrativa N° 207-20010 de fecha 14 de septiembre del año en curso, solicitándole aceptar en toda forma de derecho."*

**CONSIDERANDO:**

Que, en ese sentido, el recurrente ha manifestado de manera expresa su voluntad libre y consentida para desistir de su pretensión y no continuar con la tramitación del presente Recurso Jerárquico.

Que, no habiendo afectación al interés público, ni verificado la existencia de terceros legítimos interesados, el desistimiento interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones**, debe aceptarse de forma pura y simple, disponiéndose la conclusión extraordinaria del Procedimiento y consiguiente archivo de obrados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y artículo 35 del Decreto Supremo N° 27175.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad al artículo 35 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **ACEPTAR** el desistimiento de la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- ACEPTAR EL DESISTIMIENTO** al Recurso Jerárquico presentado por Futuro de Bolivia S.A Administradora de Fondos de Pensiones contra la Resolución Administrativa AP N° 207-2010 de 14 de septiembre de 2010, declarando la conclusión del presente trámite, y disponer el correspondiente archivo de obrados.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**



Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.  
(PCR S.A.)

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 483/2010 DE 15 DE JUNIO DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2010 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA TOTALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2010**

La Paz, 11 de noviembre de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR S.A.)**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2010 de 15 de junio de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2010 de 28 de abril de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe LegalMEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 52/2010 de 29 de octubre de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 05 de julio de 2010, la Calificadora de Riesgo **PACIFIC CREDIT RATING S.A.**, representada legalmente por Ana María Loup

Villafuertetal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 528/2010 de 11 de mayo de 2010, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Carlos Huanca Ayaviri, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2010 de 15 de junio de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2010 de 28 de abril de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 66732/2010 con fecha de recepción de 08 de julio de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 483/2010 de 15 de julio de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 13 de julio de 2010, notificado en fecha 15 de julio de los corrientes.

Que, mediante Auto de fecha 20 de julio de 2010, la señora Ministra de Economía y Finanzas Públicas a.i. Viviana Caro Hinojosa acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, disponiendo la separación del citado funcionario para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por PACIFIC CREDIT RATING S.A., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2010 de 15 de julio de 2010, designando a la Dra. Susana Ríos Laguna Viceministra de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén S., en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 324/2010 DE 28 DE ABRIL DE 2010.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 324/2010 de fecha 28 de abril de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve lo siguiente:

*“PRIMERO.- Sancionar a la CALIFICADORA DE RIESGOS PACIFIC CREDIT RATING S.A., con multa en Bolivianos equivalente a \$us 7.000.- (SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por inobservancia al artículo 43 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/N° 250 de 26 de marzo de 2007 y al artículo 66 de la Ley de Mercado de Valores, al remitir a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 26 de marzo y 25 de septiembre de 2008, la calificación de los valores de titularización SinchiWayra NAFIBO 010 y SinchiWayra NAFIBO 015.”*

#### **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 17 de mayo de 2010, **PACIFIC CREDIT RATING S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2010 de 28 de abril de 2010, con los siguientes argumentos:

## **“I. REFERENCIAS DE HECHO.**

PacificCredit Rating S.A. (PCR) en nuestros comités de calificación de riesgo asignamos la calificación de AAA a los Patrimonios Autónomos SinchiWayra – Nafibo 010 y SinchiWayra –Nafibo015, considerando que los Valores de Titularización que emitieron los Patrimonios Autónomos señalados son instrumentos estructurados que se componen de dos tipos de activos:

1.- El activo principal que está conformado por Bonos del TGN, los cuales respaldan en un 100% el pago del capital de la emisión y que no se asegura un rendimiento mínimo y;

2.- El activo subyacente que está conformado por pagares aceptados por la empresa SinchiWayra S.A., los cuales generarían el rendimiento a la emisión de los Valores de Titularización señalando en los informes de calificación de riesgo lo siguiente:

**‘El pago del principal de los Valores de Titularización se encuentra relacionado directamente al cumplimiento de pago de los Bonos del TGN, de acuerdo a los Flujos establecidos en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un derecho de compra de Pagarés emitidos por SinchiWayra correspondientes al capital e intereses, en caso no se cumpla con los flujos previstos, el inversionista estará expuesto a perder una parte o todo el capital invertido en ellos, pero el riesgo de pérdida se encuentra asociado al riesgo del Emisor de dichos valores, en este caso la República de Bolivia que para PCR se ubica en AAA dentro de la escala local. Respecto a los intereses, estos dependerán del cumplimiento de los flujos de pago por parte de SinchiWayra en función a los pagarés emitidos por ésta y adquiridos por el Patrimonio Autónomo, cabe mencionar que esos podrían ser cero o positivos dependiendo del desempeño de la operación de SinchiWayra. Asimismo, se debe mencionar que PCR observa con cautela el deterioro en los indicadores financieros de la compañía, pues de esta depende el pago de intereses de los Valores de Titularización’**

Adicionalmente a lo señalado, PCR incorporó en las clasificaciones de Riesgo de los Patrimonios Autónomos cuestionados, el por qué de la calificación señalado expresamente en el inc. a) Estructura, Resguardos, Garantías, y Activos a titularizar lo siguiente... **‘La estructura de la titularización contempla un producto de renta fija, formado por dos Activos distintos con diferentes niveles de riesgo y rentabilidad, PCR considera que ambos activos son de calidad crediticia satisfactoria, adicionalmente la estructura permite reducir los riesgos de ambos activos...’**

PCR justificó la calificación asignada a los Patrimonios Autónomos cuestionados, a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros como veremos más adelante y, también justificó en los informes de calificaciones de riesgo, cuando señala en el inc. b) Activo Subyacente- SinchiWayra... **‘Según el análisis realizado,**

**SinchiWayra cuenta con una buena generación de recursos que le permitirá cumplir con el servicio de la deuda proyectado...**' señalando además que el riesgo en las operaciones, en cuanto a la probabilidad en que se generen pérdidas como consecuencia de fallas o faltas de procesos internos adecuados, fallas de personal, de sistemas o como resultados de eventos externos, es mitigado por la experiencia de SinchiWayra adquirida durante más de 45 años.

Por lo anteriormente señalado, se puede establecer que PCR en su análisis no restringió los informes solo al pago del capital, sino que también realizó un análisis completo sobre el pago de intereses, señalando de que este activo Subyacente respaldado por el pago oportuno de los pagares emitidos por SinchiWayra se encuentra mitigado por la experiencia en el sector, estableciendo que estos Valores de Titularización cuentan con muy alta capacidad de pago de capital e intereses, en los términos y plazos pactados.

Por otra parte, lo que ahora sanciona ASFI ya fue observado y sustentadas las calificaciones, donde se estableció que..." **PCR aplicó su metodología en los informes emitidos sobre los Patrimonios Autónomos y que los mismos contienen mínimamente los aspectos señalados en el artículo 34 de la Reglamentación para entidades Calificadoras de Riesgo**", tal como se podrá acreditar por el informe emitido por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros SPVS/IV/DE/017/2009 de fecha 21 de enero de 2009, entonces como ahora pueden señalar que no se dio cumplimiento a la normativa que regula el Mercado de Valores?

#### **No existe proporcionalidad en la Sanción Impuesta.**

No existe una proporcionalidad en la sanción impuesta, puesto que sancionar a PCR con la suma de \$us. 7.000, no guarda ninguna proporcionalidad con las supuestas infracciones a saber:

La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del sistema de Regulación Financieras (pag. 226) ha establecido que:

**"el principio de proporcionalidad impone que el contenido de una 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 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 forma parte inminente 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 concurrente(sic) 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 y c) la reincidencia en la comisión"**

*Por lo anteriormente expuesto, se puede establecer que en la Resolución Administrativa No. 324/2010 de 28 de abril de 2010, no se toma en cuenta en la fundamentación o motivación que debe expresar en forma concreta la proporcionalidad de la sanción con los supuestos actos infringidos y las razones que inducen a emitir y sancionar con la suma de \$us. 7.000 que no guarda ninguna proporcionalidad con el acto administrativo supuestamente infringido, aspecto que se encuentra determinado en el art. 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002..."*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°483/2010 DE 15 DE JUNIO DE 2010.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N°. 483/2010 de 15 de junio de 2010, resuelve confirmar parcialmente la Resolución ASFI N° 324/2010 de 28 de abril de 2010, modificando el monto de la sanción impuesta en \$us 3.000.- (Tres mil 00/100 dólares americanos) con los siguientes argumentos:

#### **"CONSIDERANDO:**

*Que, el artículo 1 de la Ley N° 1834 de Mercado de Valores de 31 de marzo de 1998, establece que en su ámbito de aplicación se encuentran las Calificadoras de Riesgo.*

*Que, el artículo 66 de la citada Ley de Mercado de Valores establece que los valores representativos de deuda se calificarán conforme a las disposiciones que dicte la Superintendencia, actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y en consideración, por lo menos, a la solvencia del emisor, a la probabilidad de no pago de capital e intereses, a las características del*

*instrumento sin perjuicio de que las entidades calificadoras puedan establecer bases más estrictas que las que contengan las normas generales de calificación, debiendo dar a conocer tales hechos en los informes que realicen.*

*Que, el artículo 43 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/N° 250 de 26 de marzo de 2007, establece que la calificación AAA corresponde a aquellos valores que cuentan con muy alta capacidad de pago de capital e interés, en los términos y plazos pactados, la cual no se vería afectada ante posibles cambios en el emisor, en el sector al que pertenece o en la economía.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores actualmente denominada ASFI.*

*Numeral 1) cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*

*Numeral 2) regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho mercado.*

*Numeral 17) supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.*

*Que, mediante Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001, se aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 3 dispone que los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad regirán la atribución sancionadora de la Superintendencia, actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

*Que, el artículo 3, inciso c) del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, dispone que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley y tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.*

*Que, el artículo 11 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, establece que la Autoridad de Supervisión aplicará las sanciones sobre la base, entre otras, de las siguientes circunstancias de la infracción: la acción, deliberada o no, del presunto infractor en los actos,*

hechos u omisiones constitutivos de la infracción, el perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción, las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el mercado de valores y los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero.

Que, el inciso b) del artículo 12 del citado Reglamento, establece que se aplicará multa como sanción, a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

Que, el artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas dispone la aplicación de la sanción de multa por la Autoridad de Supervisión, respetando los principios señalados en el artículo 3 y considerando lo establecido en el artículo 11 precedente, según los rangos siguientes:

- a) Primer Rango desde \$us 500 hasta \$us 10.000.
- b) Segundo Rango desde \$us 10.001 hasta \$us 20.000.
- c) Tercer Rango desde \$us 20.001 hasta \$us 35.000.
- d) Cuarto Rango desde \$us 35.001 hasta \$us 70.000.

Que, el artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156, respecto de las infracciones específicas, dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12 y en el marco de lo dispuesto en los artículos 3 y 11 de dicho cuerpo normativo, la Superintendencia de Valores (sic) actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes:

b) Multas por las siguientes causales conforme a los rangos de multa correspondientes: Primer Rango

7. No cumplir en la forma y plazos con las medidas establecidas por ASFI a través de Resoluciones Administrativas

#### **CONSIDERANDO:**

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341

de Procedimiento Administrativo.

Que, el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo, consagra el principio de proporcionalidad, estableciendo que las sanciones pecuniarias deban prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulten más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

**CONSIDERANDO:**

Que, analizados los fundamentos presentados en el memorial de 17 de mayo de 2010 por la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. al interponer Recurso de Revocatoria** en contra de la Resolución ASFI/N°324/2010 de 28 de abril de 2010, el Informe Técnico ASFI/DSV/R-53173/2010 de 28 de mayo de 2010, emitido por la Dirección de Supervisión de Valores, concluye señalando:

"Se **ratifica** que dicha entidad supervisada incumplió el artículo 43 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo y el artículo 66 de la Ley del Mercado de Valores, al haber otorgado la Calificación de Riesgo AAA, en los Informes de Calificación de los Patrimonios Autónomos SinchiWayra - NAFIBO 010 y SinchiWayra NAFIBO 015 de 26 de marzo y 25 de septiembre de 2008, respectivamente, con contradicciones e imprecisiones respecto la **capacidad de pago de intereses** de dichos Valores."

**CONSIDERANDO:**

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-55791/2010 de 7 de junio de 2010, respecto a los descargos presentados por PCR SA, ha concluido lo siguiente:

1. En relación al primer argumento, referido a que la asignación de la calificación AAA a los Patrimonios Autónomos SinchiWayra - Nafibo 010 y 015, se debe a que los Valores de Titularización emitidos, en su estructura, se componen de dos tipos de activos, el activo principal conformado por Bonos del TGN que respaldan el 100% del pago del capital de la emisión y los pagarés aceptados por SinchiWayra, que respaldan los intereses (rendimiento) de la emisión de los Valores de Titularización; corresponde aclarar que el presente proceso sancionatorio contra PCR S.A., versa sobre la contradicción e imprecisión al otorgar la máxima calificación AAA a los valores de titularización SinchiWayra -NAFIBO 010 y 015, en relación a la **capacidad de pago de intereses** de dichos Valores, no así sobre su estructura ni el componente de capital de dichos valores de titularización, mismo que se encuentra respaldado con Bonos del Tesoro.
2. En relación al argumento presentado referente a la calificación triple AAA respecto a los intereses de los valores de titularización, corresponde señalar

que basados en las propias afirmaciones de la entidad Calificadora, se demuestra la clara dependencia del pago de intereses, al desarrollo del sector en el que opera SinchiWayra y a la capacidad de gestión de la citada empresa minera; de igual forma, es la empresa quien afirma en el Informe de Calificación de los Valores de Titularización del Patrimonio Autónomo SinchiWayra NAFIBO - 015, en el punto referido a Racionalidad, que SinchiWayra habría tenido menor margen operativo y en consecuencia menores márgenes e indicadores de rentabilidad en la gestión 2007 y el primer semestre del 2008, lo que determina que al deteriorarse esta clase de indicadores se pone en riesgo el pago de intereses.

Las citadas afirmaciones de PCR, lejos de respaldar la calificación AAA asignada, **revelan una evidente contradicción, puesto que los intereses no contarían con alta capacidad de pago y si se podrían ver afectados por los deterioros que sufre la empresa SinchiWayra en relación a sus márgenes e indicadores de rentabilidad.** Lo señalado contradice e incumple en forma por demás evidente el concepto de la calificación AAA establecido en el artículo 43° de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/N° 250 de 26 de marzo de 2007, que establece :

**"AAA: Corresponde a aquellos Valores que cuentan con muy alta capacidad de pago de capital e intereses en los términos y plazos pactados, la cual no se vería afectada ante posibles cambios en el emisor, en el sector al que pertenece o en la economía"** (Las negrillas son nuestras).

Situación que ha dado lugar, adicionalmente al incumplimiento al artículo 66° de la Ley de Mercado de Valores, que establece que los valores representativos de deuda se calificarán conforme a las disposiciones que dicte la Superintendencia, actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el presente caso, la Resolución Administrativa SPVS/IV/N° 250 de 26 de marzo de 2007, disposiciones que han sido objeto de notificación de cargos a la citada empresa, al encontrarse vigentes al momento de remitir el 26 de marzo y 25 de septiembre de 2008, los informes a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que contienen la calificación de los valores de titularización SinchiWayra NAFIBO 010 y SinchiWayra NAFIBO 015.

3. Respecto al argumento referido al Informe SPVS/IV/DE/017/2009, es necesario puntualizar, que el mencionado informe detectó inconsistencias en los informes de calificación de los Patrimonio Autónomos SinchiWayra - Nafibo 010 y 015, señalando que PCR SA habría restringido su análisis a la capacidad de pago de capital y no del interés. El citado Informe no se manifiesta sobre el cumplimiento o no de la metodología de calificación, contrariamente a la afirmación de la Empresa Calificadora.

No obstante lo señalado, es importante aclarar que el presente proceso administrativo no tiene relación con el seguimiento o no por parte de PCR, asu metodología en la calificación de los Patrimonios Autónomos citados, sino se refiere a la contradicción y falta de sustento de la calificación asignada sobre el pago de los intereses de los valores de titularización, como se precisó anteriormente.

4. En relación al cuarto argumento referido a que no existe proporcionalidad en la sanción impuesta y que la misma no toma en cuenta en la fundamentación o motivación, la proporcionalidad de la sanción con los supuestos actos infringidos y las razones que inducen a sancionar con la suma de \$us7.000, así como los argumentos referidos a jurisprudencia emitida por la ex Superintendencia del SIREFI, corresponde efectuar las siguientes consideraciones:

A efecto de determinar la sanción establecida en la Resolución recurrida, y con el fin de que la misma sea proporcional a los hechos que le sirven de causa, esta Autoridad de Supervisión ha tomado en cuenta los siguientes parámetros:

**La infracción al artículo 43 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo y al artículo 66 de la Ley de Mercado de Valores**, al remitir a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 26 de marzo y 25 de septiembre de 2008 la calificación AAA de los valores de titularización SinchiWayra NAFIBO 010 y SinchiWayra NAFIBO 015, **ha sido probada**; y en consecuencia, **dicho hecho se encuentra calificado como infracción en las disposiciones** descritas, debido a que la empresa Calificadora reconoció en sus descargos que observaba con cautela el deterioro en los indicadores financieros de SinchiWayra, pues de ésta depende el pago de intereses de los Valores de Titularización; asimismo, admitieron en dichos descargos, que mediante los informes remitidos, determinaron que los intereses dependen del cumplimiento de los flujos de pago por parte de la empresa minera, en función a los pagarés que esta emitirá y que serán adquiridos por el Patrimonio Autónomo; estas afirmaciones confirman que los intereses de los Valores de Titularización, al depender del resultado o gestión de la empresa, no se encuentra al margen de posibles cambios del emisor y del sector al que pertenece, por lo que dichos valores no tendrán alta capacidad de pago, conforme exige el citado artículo 43 de la Regulación para Entidades Calificadoras y el artículo 66 de la Ley de Mercado de Valores, al calificar sin considerar lo establecido en la citada Regulación.

Para la imposición de la sanción, **se tomó en cuenta como circunstancia** entre el hecho imputado y la responsabilidad exigida por las empresas calificadoras, la relevancia de la normativa infringida, que establece

claramente la obligatoriedad de las Calificadoras de sustentar la calificación otorgada dentro de los parámetros establecidos por ASFI; asimismo, se tomó en cuenta que las calificaciones otorgadas por las Empresas Calificadoras, se constituyen en la razón de ser de estas entidades y que las mismas son el resultado de una labor técnica, que propone al Mercado de Valores, un elemento relevante para la toma de decisiones de los inversionistas, que para el presente caso se trató de una calificación AAA asignada a los valores de titularización emitidos por los Patrimonios Autónomos SinchiWayraNafibo 010 y SinchiWayraNafibo 015, por un monto total de \$us312.920.000.-, con argumentos contradictorios e imprecisos.

La sanción a la infracción ratificada a PCR S.A., se encuentra expresamente prevista en el Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en el artículo 12, numeral I, inciso b) establece se aplicará multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, independientemente de que se cumplan otros aspectos y el artículo 20, inciso b) numeral 7), que dispone que se aplicará multa de Primer Rango en caso de incumplimiento de las medidas establecidas por la Superintendencia, actual ASFI, a través de Resoluciones Administrativas, que en el caso analizado, al haber PCR S.A. incumplido la Resolución Administrativa SPVS/IV/N°250 de 26 de enero de 2009, corresponde la aplicación de multa de Primer Rango, conforme lo señala el citado Decreto Supremo.

Por lo que se tomó en cuenta los parámetros establecidos en las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 038/2005 de 15 de septiembre de 2005 y SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, sobre el Principio de Proporcionalidad que señala: 'El principio de proporcionalidad en materia sancionatoria implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción imponer. Se debe tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inminente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionatoria 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.. '.

Sin embargo, del análisis realizado a la Resolución recurrida, se puede advertir que no ha considerado lo dispuesto en las citadas Resoluciones referente a '(...) ...(sic) 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) La

naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión". Aspectos que son necesarios tomar en cuenta, a efectos de modular la sanción aplicada.

Que, en ese marco, se determina que PCR S.A. **incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia que pudieron o debieron evitarse)**, en atención a que remitió a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 26 de marzo y 25 de septiembre de 2008 la calificación AAA de los valores de titularización SinchiWayra NAFIBO 010 y SinchiWayra NAFIBO 015, sin considerar que en el contenido de los mismos señalaron que los intereses dependen del cumplimiento de los flujos de pago por parte de la empresa minera, y que ven con cautela el deterioro de los indicadores financieros de SinchiWayra; estas afirmaciones confirman que los intereses de los Valores de Titularización, al depender del resultado o gestión de la empresa, no se encuentra al margen de posibles cambios del emisor y del sector al que pertenece, por lo que dichos valores no tendrán alta capacidad de pago, conforme exige el citado artículo 43 de la Regulación para Entidades Calificadoras, en concordancia con el artículo 66 de la Ley de Mercado de Valores. Por otro lado, no se ha confirmado que existieran perjuicios causados a las personas que han adquirido dichos valores, como consecuencia de la calificación, al no haberse presentado a este órgano de control, ningún reclamo por parte de los mismos y finalmente no existe la situación de reincidencia en el presente caso, por lo que considerando dichos aspectos, corresponde que la sanción impuesta sea reducida a \$us3.000.- (TRES MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), a efecto de que el mencionado castigo impuesto guarde simetría con el comportamiento y la culpabilidad de PCR S.A.

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 05 de julio de 2010, **PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR S.A.)**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2010 de 15 de junio de 2010 con la siguiente fundamentación:

*“Este recurso se interpone conforme a los siguientes argumentos de puro derecho:*

*Conforme ya se estableció en el memorial del recurso de revocatoria, PacificCredit Rating S.A. (PCR) en los comités de calificación de riesgo que asignó la calificación de AAA a los Patrimonios Autónomos SinchiWayra -Nafibo 010 y SinchiWayra-Nafibo 015, consideró que los Valores de Titularización que emitieron los Patrimonios Autónomos señalados contienen muy alta capacidad de pago de capital e intereses, aplicando criterios cualitativos y cuantitativos sobre el emisor de los pagares que son la fuente de pago al Patrimonio Autónomo, por lo que no puede sostener la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que la sanción no es por la aplicación de la metodología, cuando es la aplicación de la*



metodología que da como resultado la calificación final al emisor.

**NO EXISTE CONTRADICCIÓN E IMPRECISIÓN AL OTORGAR LA MÁXIMA CALIFICCIÓN (sic) DE AAA.**

Como se podrá advertir de la simple lectura de los informes de calificaciones, no existe contradicciones ni impresiones, ya que PCR estableció lo siguiente.

**....'La estructura de la titularización contempla un producto de renta fija, formado por dos Activos distintos con diferentes niveles de riesgo y rentabilidad, PCR considera que ambos activos son de calidad crediticia satisfactoria, adicionalmente la estructura permite reducir los riesgos de ambos activos..... '**

PCR justificó la calificación asignada a los Patrimonios Autónomos cuestionados, a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y, también justificó en los informes de calificaciones de riesgo, cuando señala en el inc. b) Activo Subyacente- SinchiWayra. **...'Según el análisis realizado, SinchiWayra cuenta con una buena generación de recursos que le permitirá cumplir con el servicio de la deuda proyectado'**, señalando además que el riesgo en las operaciones, en cuanto a la probabilidad de que se generen pérdidas como consecuencia de fallas o faltas de procesos internos adecuados, fallas de personal, de sistemas o como resultados de eventos externos, es mitigado por la experiencia de SinchiWayra adquirida durante más de 45 años.

Por lo anteriormente señalado, se puede establecer que PCR en su análisis no restringió los informes solo al pago del capital, sino que también realizó una (sic) análisis completo sobre el pago de intereses, señalando de que este activo Subyacente respaldado por el pago oportuno de los pagares emitidos por SinchiWayra se encuentra mitigado por la experiencia en el sector, estableciendo que estos Valores de Titularización cuentan con muy alta capacidad de pago de capital e intereses, en los términos y plazos pactados, por tanto, no existe ninguna imprecisión ni contradicción.

ASFÍ no tomó en cuenta que estos informe (sic) fueron observados y PCR sustentó las calificaciones satisfactoriamente, concluyendo la ahora ASFÍ lo siguiente.... **'PCR aplicó su metodología en los informes emitidos sobre los Patrimonios Autónomos y que los mismos contienen mínimamente los aspectos señalados en el artículo 34 de la Reglamentación para entidades Calificadoras de Riesgo', tal como se podrá acreditar por el informe emitidos por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros SPVS/IV/DE/017/2009 de fecha 21 de enero de 2009.**

**PETITORIO.**

*En mérito a los fundamentos expuestos anteriormente y estando pendiente el alcance y validez de los actos administrativos emitidos por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros SPVS/IV/DE/017/2009 de fecha 21 de enero de 2009, donde establece que PCR cumplió con su metodología y que los informes contienen mínimamente los aspectos señalados en el artículo 34 de la Reglamentación para entidades calificadoras de riesgo y por todos los argumentos expuestos, habiéndose cumplido con todos los requisitos esenciales de los actos administrativos establecidos en el artículo 29 incisos a), b), y f) de la Ley de Procedimiento Administrativo, dando lugar a la nulidad del acto administrativo por las causales establecidas en el art. 35 a) y d) de la Ley de procedimiento Administrativo, en cumplimiento al artículo 11 del D.S. 0071 y los artículo (sic) inciso b) y 44 del D.S. 27175, se solicita **REVOQUE** y deje sin efecto la Resolución ASFI/No. 483/2010 de 15 de julio de 2010..."*

#### **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad, con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

#### **1. Sobre los antecedentes y la norma supuestamente vulnerada.-**

De acuerdo al acto administrativo sancionatorio, la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.** fue sancionada por incumplimiento de la Normativa de Regulación de Entidades Calificadoras de Riesgo (art. 43), aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 250 de 26 de marzo de 2007 y la Ley del Mercado de Valores en su artículo 66; debido a que la mencionada entidad otorgó una calificación "AAA" con relación a los Patrimonios Autónomos SinchiWayra – Nafibo 010 y SinchiWayra – Nafibo 015, sin considerar la capacidad de pago de intereses.

Es así que corresponde realizar una compulsa de los antecedentes procesales, la norma y los hechos administrativos suscitados.

En este contexto, la norma supuestamente infringida debe ser traída a colación para una correcta valoración de lo actuado; a saber:

El artículo 66 de la Ley del Mercado de Valores en el párrafo segundo establece:

*“Los Valores representativos de deuda se calificarán conforme a las disposiciones que dicte la Superintendencia y en consideración, por lo menos, a la solvencia del emisor, a la probabilidad de no pago del capital e intereses, a las características del instrumento sin perjuicio de que las entidades calificadoras puedan establecer bases más estrictas que las que contengan las normas generales de calificación, debiendo dar a conocer tales hechos en los informes que realicen.”*

Por su parte, el artículo 43 del Reglamento de Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 250 de 26 de marzo de 2007, en lo que respecta a la calificación triple AAA de los valores señala:

*“AAA Corresponde a aquellos Valores que cuentan con muy alta capacidad de pago de capital e intereses en los términos y plazos pactados. La cual no se vería afectada ante posibles cambios en el emisor, en el sector al que pertenece o en la economía.”*

Una vez delimitada la normativa por la que fue sancionada la entidad recurrente, corresponde realizar una valoración de lo expresado por la entidad calificadora de riesgo y lo manifestado por el órgano de supervisión.

La CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A., en el Recurso Jerárquico interpuesto señala de manera categórica que los Patrimonios Autónomos SinchiWayra – Nafibo 010 y SinchiWayra – Nafibo 015, fueron calificados, tomando en cuenta la capacidad de pago tanto del capital como de los intereses, aplicando criterios cualitativos y cuantitativos sobre el emisor de los pagarés que son la fuente de pago al Patrimonio Autónomo y finalmente que no existió contradicción en la precitada calificación.

Contrario sensu a lo afirmado por la entidad recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el pronunciamiento mediante acto administrativo expreso, establece como un hecho evidenciado que PacificCredit Rating S.A. reveló evidentes contradicciones en los informes de calificación emitidos, aseverando que los intereses no contarían con alta capacidad de pago y condicionan el pago de estos a la capacidad que pudiere tener la empresa SinchiWayra en relación a los márgenes e indicadores de rentabilidad condicionando al inversionista al riesgo de obtener un interés establecido en la estructura o un rendimiento menor al establecido o igual a cero.

## **2. Sobre la calificación triple AAA.-**

De acuerdo a la revisión de los antecedentes se tiene que mediante publicación de fecha 25 de marzo de 2008, en el matutino de circulación nacional “La Razón” PACIFIC CREDIT RATING S.A. publicó la calificación otorgada a los Patrimonios Autónomos SinchiWayra – Nafibo 010 y SinchiWayra – Nafibo 015 donde se evidencia que otorga

una calificación de riesgo de AAA,consecuentemente tenemos que en los hechos (verdad material) la calificadoradora otorgó una calificación en la que establece una alta capacidad del emisor del pago de capital e intereses.

Por otro lado se tiene que los informes de calificación de los comités N° 007/2008 y 021/2008 presentados ante la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante notas PCR-096-2008 de 26 de marzo de 2008 y PCR-246-2008 de 25 de septiembre de 2008, realizan una valoración de la capacidad de pago e intereses expresando entre sus líneas más importantes lo siguiente:

*“El pago de intereses de los Valores de Titularización SinchiWayra – Nafibo 010 está asociado a la capacidad de pago de SinchiWayra, en este sentido, dadas las características de la estructura el inversionista está expuesto a dos situaciones (i) obtener el interés establecido para la presente estructura, o (ii) un rendimiento menor al establecido o igual a cero, esto dependerá de las operaciones de SinchiWayra, sin embargo PCR solo emite una opinión sobre la capacidad de pago del capital de los Valores de Titularización SinchiWayra – Nafibo 010”.*

*“El pago de intereses de los Valores de Titularización SinchiWayra – Nafibo 015 está asociado a la capacidad de pago de SinchiWayra, en este sentido, dadas las características de la estructura el inversionista está expuesto a dos situaciones (i) obtener el interés establecido para la presente estructura, o (ii) un rendimiento menor al establecido o igual a cero, esto dependerá de las operaciones de SinchiWayra, sin embargo PCR solo emite una opinión sobre la capacidad de pago del capital de los Valores de Titularización SinchiWayra – Nafibo 015”.*

Las citas extraídas ut supra, corresponden a lo manifestado por PACIFIC CREDIT RATING S.A. en el informe remitido a la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros sobre el Comité de Calificación de Riesgos N° PCR-246-2008.

Como se puede evidenciar, PACIFIC CREDIT RATING S.A. categóricamente señala que dicha calificadoradora **“solo emite una opinión sobre la capacidad de pago del capital de los Valores de Titularización”**;demostrando que su accionar se ha restringido al análisis de la capacidad de pago del capital, y sin considerar que para la otorgación de una calificación de riesgo “AAA”, es imperativo la consideración a su vez de la capacidad de pago de los intereses, que en suma constituyen a las obligaciones asumidas en la estructura de la titularización.

El hecho que a lo largo del informe, pueda haberse referido a los intereses, no exime de lo aseverado categóricamente en cuanto a la restricción que la misma calificadoradora de riesgo anota. Situación que a su vez trasciende la metodología adoptada por PCR S.A., misma que no hace al análisis del presente recurso jerárquico, más aún cuanto en virtud al artículo 25 de la Resolución Administrativa SPVS/IV/ N° 250/2007, determina que

la Entidad Calificadora debe llevar a cabo sus procesos de calificación de acuerdo a sus propias metodologías.

Asimismo, al emitir una opinión como la citada precedentemente, el recurrente contravino la normativa de calificación determinada en la Ley del Mercado de Valores y el Reglamento para la Regulación de Entidades Calificadoras de Riesgo, que establecende manera clara y precisa que la calificación "AAA" se otorgará a aquellos valores **que cuenten con muy alta capacidad de pago de capital e intereses** y lo expuesto por el recurrente muestra lo contrario.

### **3. Sobre la falta de contradicción e imprecisión que alega el recurrente.-**

De acuerdo al pronunciamiento emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa N° 483/2010 de 15 de julio de 2010, donde se hace referencia a la evidente contradicción en la que incurre el regulado sobre lo manifestado en los informes de Calificación 007/2008 y 021/2008, señalando que los intereses de los Valores de Titularización no contarían con una amplia capacidad de pago (tal cual lo exige una calificación AAA), por parte de SinchiWayra, condicionando el pago de estos a indicadores de rentabilidad, advirtiendo inclusive que el inversionista estaría expuesto a un pago de intereses menor al establecido o igual a cero.

Por otro lado PACIFIC CREDIT RATING S.A. en el Recurso Jerárquico presentado manifiesta que no existe una contradicción e imprecisión en la Calificación que realizó; puesto que PCR estableció que: (i) *"la estructura de la titularización contempla un producto de renta fija, formado por dos Activos distintos con diferentes niveles de riesgo y rentabilidad, PCR considera que ambos activos son de calidad crediticia satisfactoria, adicionalmente la estructura permite reducir los riesgos de ambos activos..."*. Asimismo trajo a colación otras citas establecidas en sus informes de calificación como: (ii) *"Según el análisis realizado, SinchiWayra Cuenta con una buena generación de recursos que le permitirá cumplir con el servicio de la deuda proyectado"*; y finalmente expresó: (iii) *"PCR aplicó su metodología en los informes emitidos sobre los Patrimonios Autónomos y que los mismos contienen mínimamente los aspectos señalados en el artículo 34 de la reglamentación para entidades Calificadoras de Riesgo", tal como se podrá acreditar por el informe emitido por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros SPVS/IV/DE/017/2009 de fecha 21 de enero de 2009"*

Con relación a los dos primeros párrafos glosados, si bien es cierto que PCR pudo llegar a emitir un pronunciamiento favorable con relación a la capacidad de pago de intereses de los Valores de Titularización SinchiWayra – Nafibo 010 y SinchiWayra – Nafibo 015, no podemos llegar a desconocer –y como señalamos en el numeral anterior- que de manera categórica la Calificadora señala que **"solo emite una opinión sobre la capacidad de pago del capital de los Valores de Titularización"** siendo una contradicción elocuente lo manifestado por el recurrente en los informes de

calificación enviados al regulador, así como también manifestar que el inversionista se encuentra expuesto a percibir un interés menor o igual a cero del establecido en su estructura.

Continuando el análisis de lo glosado, con relación al tercer párrafo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en ningún momento emitió pronunciamiento sobre una eventual irregularidad sobre la metodología que deben contener los informes de calificación de riesgos, ni la vulneración al artículo 34 de la Reglamentación para Entidades Calificadoras de Riesgo. Tampoco podemos llegar a confundir que la correcta metodología empleada en los informes de Calificación de Riesgo implique que el contenido del informe, y la calificación otorgada sea la idónea y cumpla con los presupuestos legales establecidos en las otras disposiciones legales, como lo es el Artículo 43 de la Regulación de Entidades Calificadoras de Riesgo y Artículo 66 de la Ley del Mercado de Valores, puesto que son aspectos diferentes y cada una cuenta con una normativa específica para cada ámbito, tanto para la calificación como para la metodología a utilizar.

En conclusión, PACIFIC CREDIT RATING S.A. otorgó una calificación AAA a los Valores de Titularización SinchiWayra – Nafibo 010 y SinchiWayra – Nafibo 015, al restringir el análisis a la capacidad de pago del capital, cual ha manifestado expresamente, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 43 del Reglamento para la Regulación de Entidades Calificadoras de Riesgo, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 250 de 26 de marzo de 2007 y el artículo 66 de la Ley del Mercado de Valores.

Asimismo corresponde precisar que esta instancia jerárquica se encuentra obligada a basarse en los hechos y antecedentes del proceso, no pudiendo bajo ningún concepto dejar de considerar ningún documento.

Por lo que, queda claro, que al haber manifestado la propia Calificadora de Riesgo, que su opinión se restringe a la capacidad de pago del capital de los Valores de Titularización, se consume la infracción cometida.

Por lo tanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha seguido el procedimiento administrativo sancionador de forma correcta, aplicando las disposiciones legales y motivado legalmente su pronunciamiento.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2010 de 15 de junio de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 324/2010 de 28 de abril de 2010, emitidos ambos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

**Regístrese, notifíquese y archívese**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**







Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

## **RECURRENTE**

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 554/2010 DE 06 DE JULIO DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2010 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2010**

**FALLO**

**ANULA**



# **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2010**

La Paz, 23 de noviembre de 2010

## **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez; la Resolución Administrativa ASFI N°554/2010 de 6 de julio de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; y considerando lo siguiente:

## **1. ANTECEDENTES**

Por memorial interpuesto el 20 de julio de 2010, el señor Luis Artemio Lucca Suárez, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°554/2010 de 6 de julio de 2010, que en recurso de revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N°411/2010 de 27 de mayo de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), que elevó a rango de Resolución Administrativa la Nota ASFI/DAJ/R-43203/2010 de 4 de mayo de 2010.

La ASFI, en respuesta al memorial de 29 de abril de 2010 presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, mediante el cual solicita la designación de la Comisión Especial que se encargue de realizar las inspecciones correspondientes al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., con el fin de verificarse los incumplimientos normativos en materia de Bancos, le comunica mediante nota ASFI/DAJ/R-43203/2010 de 4 de mayo de 2010 que la misma fue conformada, hecho que fue puesto en su conocimiento cuando se le remitió el Informe de la Comisión Especial ASFI/DSR-II/R-49741/2009, comunicándole además, que en consideración a la solicitud de ampliación de informe se nombró una nueva comisión con el objetivo de evaluar el informe referido y ampliar la investigación en materia de seguros.

Mediante memorial presentado en fecha 13 de mayo de 2010, el señor Luis Artemio Lucca Suárez solicita se disponga nuevamente la investigación en materia de Bancos o caso contrario solicita la conversión de la nota ASFI/DAJ/R-43203/2010 de 4 de mayo de 2010 en Resolución Administrativa.

### **1.1 Resolución Administrativa ASFI N° 411/2010 de 27 de mayo de 2010**

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N°411/2010 de 27 de mayo de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, elevó a rango de Resolución Administrativa la Nota ASFI/DAJ/R-43203/2010 de 4 de mayo de 2010, ratificando el contenido de la citada nota.

### **1.2. Recurso de Revocatoria**

Mediante Recurso de Revocatoria interpuesto el 7 de junio de 2010, el señor Luis Artemio Lucca Suárez, impugnó la Resolución Administrativa ASFI N°411/2010 de 27 de mayo de 2010 solicitando se revoque la citada Resolución dejándose sin efecto la nota ASFI/DAJ/R-43202 y se disponga la conformación de una Comisión Especial de Investigación que tramite nuevamente las diligencias preliminares contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., relativo a los incumplimientos normativos en materia de Bancos, en el que se establezca y tenga plena intervención como denunciante, bajo los siguientes argumentos:

- Por memorial presentado en fecha 21 de mayo de 2009, se solicitó a ASFI que se fijara día y hora para la recepción oral de fundamentos a los fines de aportar mayores elementos de juicio para la investigación contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. solicitando además la notificación con todas y cada una de las actuaciones y actos administrativos que la ASFI llevara adelante dentro del presente proceso. La Autoridad mediante Carta ASFI/DAJ/R-5272/2009 de 28 de mayo de 2009, respondió señalando que la fecha para la realización de la audiencia sería una vez concluida la investigación iniciada. Nuevamente mediante memoriales de 09 de junio y 1 de julio de 2009 se reiteró de manera fundamentada que la realización de la audiencia debería ser llevada antes de la conclusión de las investigaciones, aspectos que no ameritaron ninguna respuesta por parte del órgano regulador, lesionándose el derecho a la petición.
- ASFI de manera sorpresiva mediante nota ASFI/DAJ/R-51675/2009 de 28 de octubre de 2009, remitió el Informe ASFI/DSRII/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, el cual sólo se refirió a las investigaciones en el marco de la Ley de Bancos. Este Informe fue elaborado sin haberse concedido la audiencia previa de exposición de fundamentos y sin la notificación de los descargos del Banco, incumpléndose con los artículos 4 literal c), 11 y 16, literales b), c) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo y con los precedentes administrativos emitidos por el SIREFI. Asimismo, el mencionado Informe no resolvió todas las cuestiones y elementos probatorios

planteados por memorial de 21 de mayo de 2009, situación que fue reclamada en reiteradas ocasiones.

- La Resolución ASFI N°411/2010 confunde dos situaciones completamente diferentes por cuanto hace mención a las comunicaciones ASFI/DSS/R-2332/2010 de 11 de enero, ASFI/DAJ/R-1007/2010 de 6 de enero y ASFI/DAJ/R-4692/2010 de 15 de enero relativas a la conformación de la Comisión Especial la cual fue organizada sólo para ver el tema de incumplimientos en materia de seguros, y no con relación a incumplimientos a la Ley de Bancos que es el caso que se reclama. Es decir, que en la conformación de la Comisión Especial para la investigación de infracciones en materia de seguros, las inspecciones que se realizaron al Banco para detectar incumplimientos en materia de seguros, y mi participación dentro de las diligencias preliminares de investigación en materia de seguros, efectivamente fueron de mi conocimiento desde su inicio hasta su conclusión con la suscripción del Acta de Cierre de 29 de abril de 2010.
- De igual manera, la Resolución ASFI N°411/2010 indica : “ (...) no pudiendo entenderse que al conformar diferentes comisiones para la evaluación de los presuntos incumplimientos efectuados por la Entidad Bancaria, tanto a la Ley de Bancos y Entidades Financieras como a la Ley de Seguros, estas sean independientes” Sobre el particular, existe un error de apreciación por parte de ASFI, por cuanto se debe destacar que si bien la investigación al Banco es una sola para detectar incumplimiento a la normativa administrativa; no es menos cierto que esta investigación conlleva dos (2) partes o etapas sustanciales dentro de la misma: 1) la primera referida a incumplimientos a la normativa emergente de la Ley de Bancos y; 2) la segunda relativa a incumplimientos a la normativa emergente de la Ley de Seguros. Entonces, para cada componente o etapa se ha determinado la conformación de Comisiones por especialidad, en materia de Seguros, la ASFI si ha cumplido con el debido proceso permitiéndose mi participación activa y la potestad de presentar pruebas y controvertir las contrarias; aspectos que, en lo referente a la investigación especial en materia de incumplimientos a la Ley de Bancos, no se prestaron ni se cumplieron por cuanto sólo se me notificó de manera directa con el informe ASFI/DSR II/R-49741/2009.

### **1.3. Resolución Administrativa Confirmatoria**

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N°554/2010 de 06 de julio de 2010, la ASFI confirmó totalmente la Resolución ASFI N°411/2010 de 27 de mayo de 2010 con los siguientes fundamentos:

- En virtud de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG – SIREFI RJ 37/2009 de 07 de abril de 2009, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió las Resoluciones SB N°103/2009 de 04 de mayo de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI N°005/2009 de 15 de mayo de 2009, que determinan instruir a la Dirección de Asuntos Jurídicos, Dirección de Supervisión de Riesgos II en coordinación con la Dirección de Supervisión de Seguros, el inicio de las investigaciones de las denuncias del señor Luis Artemio Lucca Suárez en el marco de las normas en actual vigencia.
- En cumplimiento de la mencionada Resolución, la ASFI conformó una Comisión Especial, la cual emitió el informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, cuyo objetivo principal fue el analizar y evaluar la procedencia de las observaciones descritas en el informe SPVS/INF/N°01/2008 de 30 de mayo de 2008, realizado por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y las observaciones contenidas en el memorial de fecha 05 de noviembre de 2008, presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suarez.
- En fecha 28 de octubre de 2009, mediante Carta ASFI/R-51683/2009 se puso en conocimiento del señor Luis Artemio Lucca Suárez los resultados de la inspección realizada al Banco Mercantil S.A., quien en fecha 04 de noviembre de 2009, observa que la investigación realizada al Banco no fue efectuada por personal de la Dirección de Supervisión de Seguros, por lo que solicita que se amplíe la investigación. De igual manera señala que se hubiera lesionado el derecho a la igualdad, legalidad y debido proceso ya que no se hubiera fijado fecha y hora para la exposición oral de fundamentos, emitiendo el Informe ASFI/DSR/II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, dando por válidos los documentos presentados por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ya que no se le habría notificado con ninguna prueba, alegación o documentación con el objeto de que pueda controvertir las mismas.
- Analizadas las solicitudes del señor Luis Artemio Lucca Suárez y de la revisión del Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, se evidencia la falta de participación de personal técnico en materia de seguros, contraviniendo de esta manera lo dispuesto en la Resolución Complementaria ASFI N°005/2009 de 15 de mayo de 2010, por lo que mediante Comunicación ASFI/DSS/R-2332/2010 de 11 de mayo de 2010, en respuesta de la Comunicación ASFI/DAJ/R-1007/2010 de 6 de enero de 2010 y ASFI/DAJ/R-62756/2009 de 01 de diciembre de 2009, se determina la designación de una Comisión Especial con personal multidisciplinario.
- Con el objetivo de garantizar el debido proceso y derecho de petición del recurrente y en consideración a la solicitud efectuada por el señor Luis Artemio Lucca Suárez mediante memorial de 04 de noviembre de 2009, de ampliar la

investigación, mediante la comunicación ASFI/DAJ/R-4692 de 15 de enero de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó la conformación de una Comisión, la misma que tenía por objetivo identificar e individualizar los presuntos incumplimientos del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a la normativa vigente, evaluando además la ampliación de los aspectos no considerados y omitidos en el Informe ASFI/DSR/ II/R-49741/2009 en tema de banca y además lo concerniente en materia de seguros.

- Mediante credencial ASFI/DSV/R-23186/2010 de fecha 11 de marzo de 2010, se inició una nueva inspección al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. Todas las actuaciones administrativas de la Autoridad de Supervisión referidas a la inspección fueron puestas en conocimiento del señor Luis Artemio Lucca Suárez mediante Carta ASFI/DSV/R-23202/2010 de 11 de marzo de 2010 y el Acta de Reunión de fecha 29 de abril de 2010, mediante la cual se comunica al denunciante la finalización de la inspección realizada al Banco, otorgando al señor Luis Artemio Lucca Suárez el espacio necesario para que efectúe la correspondiente fundamentación oral de argumentos, mismos que se concretaron en fechas 17 de marzo y 22 de abril de 2010.
- Consiguientemente la conformación de estas Comisiones obedeció al principio de especialidad, hecho que no puede interpretarse que las mismas sean independientes, al contrario, están interrelacionadas, ya que la segunda Comisión debe pronunciarse sobre las denuncias omitidas en el Informe ASFI/DSR/II/R-49741/2009 que hace referencia a materia bancaria y sobre el supuesto incumplimiento de la Entidad Financiera a la Normativa de Seguros.
- La Ley de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Reglamentarios facultan a la Administración a realizar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes, que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de las infracciones, identificando a las personas presuntamente responsables de los hechos de iniciación del procedimiento. En ese entendido, la Autoridad de Supervisión efectuó la investigación de acuerdo a una organización y planificación previa, definiendo internamente los objetivos y alcances de la misma, por lo que resulta inapropiado por parte del señor Luis Artemio Lucca Suárez establecer en sus fundamentos de Recurso de Revocatoria la existencia de un error de apreciación por parte de ASFI, ya que dentro de esta etapa del procedimiento es potestad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero definir las diligencias y actuaciones administrativas que considere necesarias para investigar la verdad material, sin la necesidad de consultar o definir previamente con los

administrados, denunciados o terceros interesados, su plan de acción y/o memorándum de planificación.

- Analizada la solicitud del señor Luis Artemio Lucca Suárez efectuada mediante memorial de 04 de noviembre de 2009, de ampliar la investigación, mediante la Comunicación ASFI/DAJ/R-4692/2010 de fecha 15 de enero de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó la conformación de una comisión, la misma que tenía por objetivo identificar e individualizar los presuntos incumplimientos del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a la normativa vigente evaluando además la ampliación de los aspectos no considerados y omitidos en el Informe ASFI/DSR/II/R-49741/2009 en tema de banca y además lo concerniente en materia de seguros, garantizando el debido proceso.
- Consecuentemente en la presente investigación se ha garantizado el debido proceso y que el recurrente ha participado activamente, presentado pruebas y las alegaciones correspondientes, considerando además que en su momento y así lo considera pertinente tendrá los medios de impugnación en relación a las determinaciones y conclusiones sobre las investigaciones al Banco Mercantil Santa Cruz S.A.
- El derecho de petición reside no solo en la posibilidad de obtener lo solicitado, sino en la posibilidad de obtener una respuesta según los términos señalados por la ley, es decir, en la posibilidad de que el ciudadano obtenga una respuesta a su solicitud, hecho que no implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, este comprometida a pronunciarse según los intereses del peticionario.
- Las alegaciones efectuadas por el señor Luis Artemio Lucca Suárez referidas a que se habría vulnerado el derecho de petición ya que no se respondieron las solicitudes de audiencia previa a la conclusión de las investigaciones, resulta necesario recordar al recurrente que las mismas se efectivizaron en fecha 17 de mayo y 22 de abril de 2010, cuando se apersonó a la Autoridad de Supervisión a hacer las fundamentaciones correspondientes.
- Consecuentemente, de las actuaciones descritas precedentemente, se tiene que no corresponde designar nuevamente una Comisión Especial, ya que en atención al principio de eficacia, economía, simplicidad y celeridad es obligación de la Autoridad de Supervisión evitar diligencias innecesarias o dilaciones indebidas, considerando además que se garantizó el debido proceso generando los espacios suficientes para que el señor Luis Artemio Lucca Suárez presente sus alegaciones correspondientes.
- Con relación a la solicitud contenida en el Otrosí 2 del memorial referido a la solicitud de apertura de término probatorio, corresponde precisar que de



conformidad a lo establecido en el artículo 50 del Decreto Supremo N°27175 la Autoridad de Supervisión podrá disponer la producción de prueba, de oficio a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. En el presente caso, revisado el expediente administrativo y el objeto del presente recurso, no corresponde la apertura de un término probatorio.

- De igual manera resulta necesario considerar que a la fecha se está concluyendo el Informe Final de la Comisión de Inspección, por lo que el señor Luis Artemio Lucca Suárez podrá formular, en su momento, las alegaciones correspondientes a las determinaciones definitivas de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que serán señaladas y puestas en su conocimiento a través del Informe de Inspección.
- Que la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-64437/2010 de 30 de junio de 2010, ha concluido señalando que las actuaciones administrativas adoptadas para ejecutar las Resoluciones SB N°103/2009 de 04 de mayo de 2009 y la Resolución Complementaria ASFI N°005/2009 de 15 de mayo de 2009, deben entenderse como un mismo proceso y no corresponde hacer la diferenciación en materia de bancos y seguros, ya que en virtud de las Resoluciones mencionadas, las inspecciones efectuadas al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. fueron realizadas por técnicos especializados en materia bancaria y en materia de seguros, no pudiendo entenderse que al conformar diferentes comisiones para la evaluación de los presuntos incumplimientos efectuados por la Entidad Bancaria, tanto a la Ley de Bancos y Entidades Financieras como a la Ley de Seguros, éstas sean independientes.

## **2. RECURSO JERÁRQUICO**

En su Recurso Jerárquico, presentado el 20 de julio de 2010, el señor Luis Artemio Lucca Suárez, adicionalmente a los fundamentos de su Recurso de Revocatoria señala lo siguiente:

- Resalta que la impugnada Resolución ASFI N°554/2010, en el primer párrafo de su página 7, inserta una declaración absolutamente falsa por cuanto se menciona que "las solicitudes de audiencia se efectivizaron en fecha 17 de mayo y 22 de abril de 2010", aspecto que no corresponde a la realidad y que sólo pretende crear confusión, toda vez que en esas fechas si bien se hicieron fundamentaciones, pero las mismas solo fueron para la investigación en materia de seguros y no para la investigación en materia de incumplimientos de la Ley de Bancos que es lo que se

reclama, bastando observar para tal efecto, que el informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 es pronunciado el 22 de octubre de 2009, no siendo correcto que la ASFI pretenda distorsionar la realidad de los hechos basándose en diligencias de otra Comisión de Investigación que trató el tema de infracciones a la Ley de Seguros que nada tienen que ver con la Comisión de investigación en materia de incumplimientos a la Ley de Bancos donde se produjeron las anomalías acusadas.

- Hace notar además, que en la página 5 de la Resolución Administrativa N°554/2010 la ASFI indica que : “(...) *la segunda comisión debe pronunciarse sobre las denuncias omitidas en el Informe ASFI/DSR/II/R-49741/2009 que hace referencia a materia bancaria y sobre el supuesto incumplimiento de la Entidad Financiera a la Normativa de Seguros*”, aspecto completamente falso toda vez que la “Segunda Comisión” solo fue creada para absolver la investigación por incumplimiento a la Ley de Seguros y normativa conexas y no para “complementar” ninguna investigación “omitida” en materia de Bancos ya que si la ASFI habla del “Principio de Especialidad” entonces no sería coherente que ahora señale que una comisión especialista de Seguros “complemente” el trabajo de una comisión especialista en Bancos, cuando ambas han tenido participaciones independientes.
- Asimismo, señala que: “En todo caso, si la ASFI señala que las investigaciones no son “independientes”, entonces ¿porqué se me notificó con el Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre relativo a la investigación a la entidad financiera denunciada por incumplimiento a la Ley de Bancos, y después se inició **otra** investigación por incumplimiento a la Ley de Seguros?; de seguir la lógica de la ASFI entonces no se me debió notificar con ningún informe y solo con el supuesto “resultado final” de las investigaciones”.
- Por último, el recurrente expresamente hace referencia a la falta de motivación y fundamentación de la resolución impugnada que se encuentra en estrecha correspondencia con el principio de congruencia, señalando los siguientes aspectos y situaciones planteadas en el recurso de revocatoria que no merecieron pronunciamiento alguno en la Resolución ASFI N°554/2010:
  - Se expresó que la ASFI a tiempo de emitir el Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 no resolvió todas y cada una de las cuestiones y elementos probatorios planteados en el memorial de 21 de mayo de 2009”.
  - Que la ASFI explique el porqué en la investigación realizada contra el Banco denunciado por incumplimientos a la Ley de Seguros si le notificó con las actuaciones y se cumplieron los procedimientos, y cuando se trató de la investigación por incumplimientos a la Ley de Bancos no se obró de esta manera

y se emitió de manera directa el Informe ASFI /DSR II/R-49741/2009 sin haberse respetado los derechos de participar y conocer la prueba en contrario.

- Se acusó que la ASFI, a pesar de habersele reiterado en múltiples oportunidades que se le notificaran con todas y cada una de las alegaciones y pruebas presentadas por el Banco denunciado, a tiempo de emitirse el Informe ASFI /DSR II/R-49741/2009 no resolvió todas y cada una de las cuestiones y elementos probatorios planteados en el memorial de 21 de mayo de 2009.
- Y por último, se explicó a la ASFI que según el artículo 31 del Decreto Supremo N°27175 se indica que el Interesado (en el presente caso su persona como denunciante) “(...) será debidamente notificado con la respectiva providencia, podrá formular las aclaraciones u observaciones que correspondan, las mismas que serán consignadas en los documentos que se emitan a consecuencia de la inspección” y sin embargo en la investigación referente a incumplimiento de la Ley de Bancos, nunca se tuvo conocimiento alguno de las actividades de la Comisión Especial.

### **3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN**

En base a los antecedentes y fundamentos de la ASFI, así como del cotejo de los argumentos del recurrente, se tienen las siguientes consideraciones:

#### **3.1. Sobre el Derecho a la Petición**

La Ley N°2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en su artículo 1º, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: “hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la administración pública”, reconociendo en su artículo 16, relativo a los Derechos de las Personas, en su literal a) y h) que, entre los derechos en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: “formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente” y “obtener una respuesta **fundada y motivada** a las peticiones y solicitudes que formulen”. (Las negrillas son propias).

El derecho a la petición, es aquella facultad que tiene toda persona para acudir ante cualquier autoridad para llevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución. El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados, quienes, a través del mismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la citada Ley para asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado; garantía a la petición que no es una prerrogativa que implique una decisión favorable

de la Administración, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.

### 3.2. Debido Proceso Administrativo

Al amparo del precedente administrativo sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004, de 11 de octubre de 2004, el debido proceso 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, vale decir, se trata de un conjunto de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales.

En este contexto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007, señala: *“De la lectura e interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones normativas antes trascritas, se puede arribar a la conclusión de que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003 reconocen a las personas – sean estas naturales o jurídicas – la posibilidad no solo de iniciar un procedimiento administrativo – sea éste general o específico como es el sancionatorio – sino también de intervenir en todas las instancias, etapas e incidencias del mismo, más aún si se toma en cuenta que la persona haya sido denunciante directo, pudiendo, asimismo, solicitar toda información documental de su trámite o denuncia misma que deber ser atendida con prontitud por el órgano regulatorio correspondiente. Este aspecto inherente a la **participación de los interesados o denunciantes en el procedimiento administrativo, además, no sólo se restringe a los actos emitidos dentro del procedimiento ya iniciado, sino también la participación e intervención puede darse, inclusive dentro de las diligencias preliminares** establecidas por el órgano regulador a los fines de llegar a la verdad material de los hechos, como se ha apreciado anteriormente.”* (Las negrillas y subrayados son propios)

### 3.3 Motivación o Fundamentación de los Actos Administrativos.

La Ley N°2341, en su artículo 28, literales b) y e), señalan como uno de los elementos esenciales del acto administrativo a la causa y al fundamento, asimismo, el artículo 30, literal a), en cuanto a motivación, indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos y fundamentos de derecho **cuando resuelvan**

**recursos administrativos.** Concordante, el artículo 17 parágrafo II, literal d) del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, señala que la resolución administrativa debe contener en su texto los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan y, por su parte, así también lo prevé el artículo 29, parágrafo I, literal d), del Reglamento a la Ley N°2341, aprobado por Decreto Supremo N°27113, de 23 de julio de 2003.

En tal sentido, se entiende que por medio de la causa se deberá sustentar el acto **en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable** y, que por el fundamento, se deberá expresar en forma concreta de las razones que inducen a emitir el acto administrativo.

### **3.4. Análisis de la controversia en particular**

De la revisión detenida de los antecedentes que conforman el expediente administrativo se puede apreciar que mediante memorial de 7 de junio de 2010, el señor Luis Artemio Lucca Suárez interpuso recurso de revocatoria argumentando una serie de fundamentos por los cuales – a decir del recurrente- **se habría violado** entre otros, **el principio de igualdad procesal**, al NO haberle permitido la ASFI su participación activa y la potestad de presentar pruebas y controvertir las contrarias en materia de incumplimiento a la Ley de Bancos como ocurrió en el caso de la investigación en materia de seguros, aspectos éstos, vale decir la participación activa y la de presentar y controvertir pruebas que no se presentaron ni se cumplieron, cuando en ambos casos debió obrarse de la misma manera. Más aún considerando que al amparo del precedente administrativo sentado por la entonces Superintendencia del Sistema de Regulación Financiera en la **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre, la participación e intervención de los interesados o denunciantes en el procedimiento administrativo puede darse, inclusive dentro de las diligencias preliminares establecidas por el órgano regulador a los fines de llegar a la verdad material de los hechos.**

Sin embargo, la Resolución ASFI/N°411/2010 de 27 de mayo de 2010, que resolvió el recurso de revocatoria planteado, lejos de pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos impugnados y fundamentar tanto de manera fáctica como jurídica su posición para confirmar el acto administrativo impugnado – más específicamente en cuanto al principio de igualdad procesal invocado y respecto a la aplicabilidad o no del precedente administrativo sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007- hace referencia a que: “.. la conformación de estas Comisiones obedeció al principio de especialidad, hecho que no puede interpretarse

que las mismas sean independientes, al contrario, están interrelacionadas, ya que la segunda Comisión debe pronunciarse sobre las denuncias omitidas en el Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 que hace referencia a materia bancaria y sobre el supuesto incumplimiento de la Entidad Financiera a la Normativa de Seguros” y “...resulta necesario considerar que a la fecha se está concluyendo el Informe Final de la Comisión de Inspección, por lo que el señor Luis Artemio Lucca Suárez podrá formular, en su momento, las alegaciones correspondientes a las determinaciones definitivas de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que serán señaladas y puestas en su conocimiento a través del Informe de Inspección.”, **sin desvirtuar de manera fundada y motivada respecto a la violación del principio de igualdad procesal expresamente invocado y reclamado que se traduciría en la activa participación en la investigación de ambas comisiones conformadas por especialidad en conformidad con el precedente sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007**; lesionándose de esta manera el derecho del recurrente al debido proceso, e incurriéndose en inobservancia de los artículos 28 literales b) y e), y 30 , literal a) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

#### **4. COMPETENCIA Y FORMAS DE RESOLUCIÓN**

Que el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894, de 7 de febrero de 2009, dispone la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo N°0071, de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

De conformidad al artículo 44 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular el procesamiento administrativo hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, designado mediante Decreto Presidencial N°0407 de fecha 23 de enero de 2010, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley;

**RESUELVE:**

**Único.-** Anular el procedimiento administrativo hasta el estado en que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Luis Artemio Lucca Suárez de manera motivada y fundamentada.

**Regístrese, hágase saber y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**  
**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**







## **RECURRENTE**

VALORES UNIÓN S.A.

## **RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**ASFI N° 573/2010 DE 07 DE JULIO DE 2010**

## **AUTORIDAD RECURRIDA**

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

## **RESOLUCIÓN**

**MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010**

## **FALLO**

**CONFIRMA TOTALMENTE**



## **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010**

La Paz, 26 de noviembre de 2010

### **VISTOS:**

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **VALORES UNIÓN S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 573/2010 de 07 de julio de 2010 que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 57/2010 de 18 de noviembre de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

### **CONSIDERANDO:**

Que, por memorial presentado en fecha 22 de julio de 2010, **VALORES UNIÓN S.A.** representada legalmente por los señores **Rainier Anslinger Amboni** acreditado mediante Testimonio de Poder No. 577/2007 de 9 de octubre de 2007 otorgado por ante Notario

de Fe Pública de Primera Clase N° 35 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. María Rebeca Mendoza Gallardo y **Derry Daniel Morales Avilés** acreditado mediante Testimonio de Poder 126/2010 de 8 de febrero de 2010, otorgado por ante Notario de Fe Pública N° 98 a cargo del Dr. Juan Carlos Rivera Aldazosa, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 573/2010 de 07 de julio de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 73964/2010 con fecha de recepción de 27 de julio de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 573/2010 de 07 de julio de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 29 de julio de 2010, notificado en fecha 05 de agosto de 2010.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

#### **1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 345/2010 DE 10 DE MAYO DE 2010.-**

Mediante Resolución Administrativa ASFI No. 345/2010 de 10 de mayo de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió lo siguiente:

##### **“RESUELVE:**

**SEGUNDO.-** Sancionar a **VALORESUNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us.3.000.- (TRES MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por incumplimiento a los artículos 22 inciso h) de la Ley del Mercado de Valores, 21 inciso b), 31, 37, 42 inciso f) 51 inciso b), punto 13, 81 y 101 de la Normativa para Agencias de Bolsa, así como al Manual Único de Cuentas, en lo dispuesto en las Descripciones de las cuentas 101.00 “Gastos Pagados por Anticipado”. 800.00 “Cuentas de registro deudoras” y 801.00 “Registro y Custodia de la entidad” “Descripción” y al instructivo para la realización del (sic) auditorías externas, punto 4, aprobado mediante Carta Circular SPVS/IV/DI-N° 45/2007 de 12 de diciembre de 2007; en sujeción a los artículos 3, 7, 11 y 12 parágrafo I, 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo N° 26156, de acuerdo a la consideraciones efectuadas en la presente Resolución.”

#### **2. RECURSO DE REVOCATORIA.-**

En fecha 08 de junio de 2010, **VALORES UNIÓN S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, con los siguientes argumentos:

**“(...) II. ANTECEDENTES**

**2.1** Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010, la Ministra Interina de Economía y Finanzas (sic) Públicas: ‘RESUELVE: ARTÍCULO ÚNICO.-ANULAR el procedimiento administrativo sancionador hasta la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa motivando en derecho y ajustándola conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.’

**2.2** La Resolución ASFI N° 345 / 2010 en su Artículo Primero Resuelve dejar sin efecto los cargos 7, 8, 12, 13 y parcialmente el 14, por incumplimiento del inciso e) del artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores a los artículos 52, 71 inciso d) y 83, respectivamente, de la Normativa para Agencias de Bolsa.

En su Artículo Segundo Resuelve sancionar a VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A. con multa en bolivianos equivalente a \$us3,000 por incumplimiento a los artículos 22 inciso h) de la Ley del Mercado de Valores, 1 inciso b), 31, 37, 42 inciso f) 51 inciso b), punto 13, 81 y 101 de la Normativa para Agencias de Bolsas, así como al Manual Único de Cuentas, de acuerdo a las consideraciones efectuadas en la presente Resolución.

**2.3** La Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, realizó inspección contable y operativa, en las oficinas de Valores Unión S.A. con fecha de corte al 31 de Octubre de 2008.

**2.4** Mediante nota de cargo SPVS-IV-N° 210 notificada en fecha 26 de febrero de 2009 emitió cargos contra VALORES UNIÓN debido a la detección de supuestas infracciones a la normativa que regula el Mercado de Valores.

**2.5** En fecha 12 de marzo mediante CITE VUN-832/09, nuestra empresa remite los correspondientes descargos de las supuestas infracciones establecidas por la SPVS mediante la nota de cargo SPVS~IV-N° 210.

**2.6** Conforme los términos de la Resolución ASFI N° 345/2010 se establece: "Que, mediante Informe Técnico SPVS/IV/DI/062/2009, emitido por la entonces SPVS e Informe Legal ASFI/DSV/R-45873/2010, la Dirección de Supervisión de Valores de ASFI..." ha valorado los descargos presentados por VALORES UNIÓN; la ASFI impuso una multa de \$us3.000 (tres mil 00/100 dólares americanos) sancionando el supuesto incumplimiento a la normativa que regula el mercado de valores. La multa fue impuesta mediante Resolución ASFI N° 345 notificada en fecha 17 de

mayo de 2010, resolución contra la cual interponemos el presente Recurso de Revocatoria en razón a los siguientes argumentos:

### **III FUNDAMENTOS DE DERECHO (CARGOS, TIPICIDAD Y MULTA)**

Los Cargos imputados a Valores Unión por parte de la ASFI ha arrojado una sanción aplicada a la infracción más grave (Cargo 2) con el incremento del 50% lo que hace el monto de \$us3.000. Consideramos que lo correcto es realizar un análisis individual de cada cargo para determinar la tipificación correcta según las características de cada supuesta acción u omisión, de forma tal de que se pueda establecer la sanción correspondiente a cada cargo de forma justa responsable y proporcional.

En ese sentido, en el siguiente punto pasamos a hacer una exposición de los cargos y la correcta tipificación que debe ser otorgada.

#### **3.1 Cargo 1: Multas del Ministerio de Trabajo registrado como otros pagos anticipados.**

##### **3.1.1 Descripción del cargo.-**

La SPVS señala que detectó el registro de un pago por concepto de Multa del Ministerio de Trabajo en la cuenta 110.30.90 correspondiente a "Otros Pagos Anticipados", incumpliendo Valores Unión el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 1296/06 de 24 de Noviembre de 2006.

##### **3.1.2 Tipificación.-**

Al respecto, VALORES UNON (sic) S.A. subsanó esta observación en fecha 27 de noviembre de 2008, sin haber causado ningún perjuicio económico. El diferimiento transitorio de este gasto fue reclasificado en su totalidad, cumpliendo de esta manera con el Manual Único de Cuentas supervisado por la SPVS y con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. Y en este sentido, creemos que la sanción impuesta es incorrecta ya que el propio artículo 12 numeral I inc. a) del mencionado Decreto establece que se aplicará la sanción de "Amonestación" a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.

Así, teniendo en cuenta que el cargo N° 1 no representó ningún daño ni perjuicio a la empresa y fue enmendado sin consecuencia negativa alguna, en amparo del Art. 12 numeral I inc. a) del Decreto Supremo 26156 y por otro lado el Principio de Proporcionalidad reconocido también en este cuerpo normativo (Art 3), creemos que no se justifica la imposición de multa pecuniaria.

Al efecto, nos ratificamos en la prueba presentada como descargo, misma que forma parte del expediente del presente proceso administrativo (Mayor 110.30.90.1.01 regularizado al 27 de Noviembre de 2008).

### **3.2 Cargo 2: Operaciones realizadas con clientes y cartera propia de la agencia de bolsa sin evidencia de confirmación de contraparte**

#### **3.2.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado por el regulador, se incumplió lo dispuesto en el Art. 101 de la Normativa para Agencias de Bolsa, referida a: "La Agencia de Bolsa se encuentra obligada a comunicar en forma oportuna a sus clientes de su potencial condición de contraparte en la operación que se realizara" (el subrayado es nuestro).

#### **3.2.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada no es correcta, pues basados en el Principio de Proporcionalidad se 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, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material. El principio de proporcionalidad debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas, evitando el subjetivismo, no siendo aplicable por tanto la sanción establecida en la Resolución ASFI N° 345; más aún se afirma que sería una infracción "por demás recurrente"; aspecto este que no se lo demuestra objetivamente, pues simplemente es un enunciado.

#### **3.2.3, Ampliación de prueba**

Adicionalmente las consideraciones del regulador, no contemplan la forma de comunicación por la que nuestros clientes pueden tomar conocimiento de la potencialidad de contraparte, Así, nos ratificamos como ampliación de prueba en las copias de las cartas de presentación u oferta de servicios enviadas a nuestros potenciales clientes en las que puede advertirse la posibilidad que nuestra empresa realice estas operaciones como contraparte. Dichas pruebas forman parte del expediente del presente procedimiento administrativo.

### **3.3 Cargo 3: Incumplimientos a la normativa interna de la agencia de bolsa**

#### **3.3.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia según lo determinado por el regulador se habría incumplido los Arts.8 y 12 del Reglamento Interno que deriva en el

incumplimiento del inciso b del artículo 21 de la Normativa para Agendas de Bolsa.

### **3.3.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada no es correcta, pues basados en el espíritu de la Ley, corresponde aplicar el Principio de Proporcionalidad, conforme lo expuesto en el punto 3.2.2, por lo que el subsumir el cargo al primer rango establecido en el artículo 20 resulta desmedido, pues la acción u omisión observada en ningún caso: a) causó perjuicio de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores; b) produjo ganancias, ventajas ni pérdidas para sí o para terceros; c) no tuvo repercusiones en el mercado de valores, y sobre todo es susceptible de ser enmendada cual es el espíritu de la norma sancionatoria.

## **3.4 Cargo 4: Comunicación del Directorio de la sociedad sobre la conformidad del trabajo de auditoría externa 2007**

### **3.4.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado se habría incumplido el último párrafo del punto 4 del Instructiva para la Realización de Auditorías, aprobado mediante carta circular SPVS/IV/DI- N°45/2007.

### **3.4.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada no es correcta, puesto que como señala el propio regulador; '...puesto que es susceptible de enmienda y regularización, ya que dicho incumplimiento no causó perjuicio ni daño económico a terceros ni tuvo efectos en el Mercado de Valores'; por lo que aplicando el espíritu de la norma es susceptible de ser enmendada, por lo que no corresponde sanción.

## **3.5 Cargo 5 Órdenes de operaciones sin la identificación y firma de la recepción de la orden.-**

### **3.5.1 Descripción del cargo.-**

Se señala haber detectado que algunas órdenes de operaciones no consignan la firma y nombre del responsable de tomar la orden, incumpliendo de esta manera el punto 13 inciso b) del artículo 51 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 751 de 8 de diciembre de 2004.

### **3.5.2 Tipificación.-**



De igual manera que el Cargo 4 y con los mismos argumento expresados por el regulador, al haberse subsanado sin ningún tipo de daño o perjuicio a ninguna persona natural ni jurídica, consideramos que no amerita la imposición de una multa en amparo del artículo 12 del Decreto Supremo 26156.

Al efecto nos ratificamos en los documentos regularizados que presentamos anteriormente como prueba y que forman parte del expediente del presente procedimiento administrativo.

### **3.6 Cargo 6: Información no proporcionada por la Agencia de Bolsa. (Reporte de Orden, Control y Seguimiento de Órdenes y Certificado de operación no entregado a las 24 horas de lo solicitado).**

#### **3.6.1 Descripción del Cargo.-**

Se señala que durante la inspección no se proporcionaron algunos "Reportes de Orden, Control y seguimiento de Órdenes" y "Certificado de Operaciones" al momento de la inspección.

#### **3.6.2 Tipificación.-**

La imposición de una multa para este cargo resulta extremadamente excesiva ya que Valores Unión S.A. presento dichos Reportes que nuevamente los adjuntamos al presente memorial.

En apego al Principio de Proporcionalidad no se puede considerar una sanción de multa para una falta de mínima relevancia, que no ocasionó ningún perjuicio ni traba en las funciones de la Agencia de Bolsa.

### **3.7 Cargo 9: Registro Inadecuado de Títulos Valores en custodia de las inversiones que posee la entidad.**

#### **3.7.1 Descripción del Cargo.-**

Se señala que en los Estados Financieros al 31 de Octubre de 2008, los valores en custodia de las inversiones que posee la entidad registrados en la cuenta 807, no se encuentran valuados a valores nominales tal como lo establece el Manual Único de Cuentas.

#### **3.7.2 Tipificación.-**

De igual manera que en el cargo 8, esta observación fue producto de una mala apreciación de los Estados Financieros. Los Estados Financieros de Valores Unión S.A., al 31 de Octubre de 2008, si se encuentran valuados a Valores Nominales en sus cuentas 807 tal como lo establece el Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296/06 del 24 de Noviembre de

2006. Al efecto nos ratificamos en la prueba presentada anteriormente y que forma parte del expediente del presente procedimiento administrativo (Reporte de cartera valorada que demuestra la tasación a Valor Nominal de cada valor y que además cuadra claramente con el Reporte de Cartera Propia).

Por tanto, no se justifica de ningún modo este cargo y en este sentido solicitamos sea nuevamente sujeto a evaluación y en consecuencia, se proceda a su revocatoria.

### **3.8 Cargo 10: Informes del Oficial de Cumplimiento no revelan la realización del Programa de Cumplimiento**

#### **3.8.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado por el regulador, se incumplió con el artículo 42 inciso f) de la normativa para agendas de bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, refiriendo como ejemplo la comunicación al Directorio sobre modificaciones a la normativa.

#### **3.8.2 Tipificación**

Consideramos que la tipificación aplicada por el regulador no es correcta pues basados en el espíritu de la Ley el subsumir el cargo al primer rango de multa establecido en el artículo 20 resulta desmedida, pues la acción u omisión observada en ningún caso a) causó perjuicio de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores; b) produjo ganancias, ventajas ni pérdidas para sí o para terceros; c) no tuvo repercusiones en el mercado de valores, y sobre todo es susceptible de ser enmendada cual es el espíritu de la norma sancionatoria, por lo que corresponde su revocatoria.

### **3.9 Cargo 11: El programa de Cumplimiento no contiene mecanismos que aseguren la capacitación del personal de la agencia**

#### **3.9.1 Descripción del Cargo**

En el cargo de referencia, según lo determinado se habría incumplido con el artículo 37 de la normativa para agendas de bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, refiriendo que el Programa de Cumplimiento deberá contener mecanismos a través de los cuales se asegure la capacitación permanente sobre el marco normativo que regula las actividades de la Agencia de Bolsa y del Mercado de Valores.

#### **3.9.2 Tipificación**

Llama profundamente la atención que en el inicio de la redacción del cargo se

*manifieste: 'Si bien hasta octubre de 2008 la agencia de bolsa capacito a su personal, sobre el mercado de valores, el Programa de Cumplimiento de la Agencia de Bolsa no contiene mecanismos a través de los cuales se asegure la capacitación permanente....' Queda claro entonces, que la Agencia de Bolsa ha cumplido con la capacitación permanente que su personal debe recibir sobre modificaciones a la normativa y se ingresa en el campo de la especulación (subjetiva) sobre medidas garantistas exigidas al Programa de Cumplimiento inobservando la normativa legal aplicable, que no amerita a una sanción con multa de primer rango, por lo que el subsumir el cargo al primer rango de multa establecido en el artículo 20 resulta desmedida, pues la acción u omisión observada en ningún caso: a) causo perjuicio de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores; b) produjo ganancias, ventajas ni pérdidas para sí o para terceros; c) no tuvo repercusiones en el mercado de valores, y sobre todo es susceptible de ser enmendada cual es el espíritu de la norma sancionatoria, por lo que corresponde su revocatoria.*

### **3.10. Cargo 14: No se evidencio el envío a los clientes de la Agencia del Estado de Cuenta.**

#### **3.10.1 Tipificación.-**

*Finalmente, respecto a este último punto, ValoresUnión S.A., se ratifica en las pruebas presentadas como descargo a este punto, mismas que forman parte del expediente del presente procedimiento administrativo (Estados de cuenta que se enviaron a los clientes Juan Freddy Aliaga al- 31-Jul-08; Nancy Raquel J. Ferrufino al 31-Oct-08; René Eduardo Orellana al 31-Oct-08 y María Alcira Vda. De Garzón al 31-Oct-08.*

*De esta manera, contando Valores Unión con los Estados de Cuenta referidos, damos cumplimiento al artículo 81 de la Normativa para Agencias de Bolsa concordante con el artículo 22 inciso h de la Ley 1834 "Ley del Mercado de Valores", por lo que no corresponde sanción.*

## **IV. CONCLUSIONES**

*La ASFI debe reconsiderar la tipificación de cada uno de los cargos y consecuentemente la correcta aplicación de la norma según lo ampliamente explicado en el punto III del presente recurso. El Principio de Proporcionalidad, también denominado en algunas legislaciones 'exceso de punición', invoca que la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido. "Afectar la proporcionalidad, vulnera inclusive una garantía constitucional" (Juan Carlos Cassagne). La Sentencia Constitucional N° 038/2005-R se refiere a este principio.*

*Así, la justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las*

*circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona, constituye un principio reiteradamente declarado por la jurisprudencia, cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso legal que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito propio de los poderes discrecionales de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de estos y la arbitrariedad. No es inusual ni mucho menos infrecuente que la sanción que se nos imponga no sea la realmente adecuada a la infracción cometida.*

*Es imprescindible que la graduación de la pena, se rija bajo los criterios rectores de proporcionalidad en el momento de sancionar.*

*Por último es de suma importancia que la ASFI se enfoque en fundamentar exhaustivamente los motivos por los cuales impone una determinada sanción, de otra forma está atentando con los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.*

*La formulación o notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al 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 en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final; así lo ha establecido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004..."*

### **3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°409/2009 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009.-**

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N°. 573/2010 de 07 de julio de 2010, resuelve anular la Resolución Administrativa ASFIN° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, tal como se describe a continuación:

**"RESUELVE:**

**PRIMERO.-** ANULAR la Resolución ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debiendo dictarse nueva Resolución, en base a los lineamiento (sic) establecidos en la presente Resolución..."

En este contexto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero fundamenta la decisión de anular de la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de acuerdo a los siguientes criterios de orden legal:

**(...)"CONSIDERANDO:**

Que con relación a los descargos presentados, corresponde realizar el siguiente análisis:

- **CARGO 1.** Los alegatos presentados en el presente cargo, no desvirtúan la infracción cometida, toda vez que, hace un reconocimiento expreso al señalar que habría subsanado la infracción, lo cual es obligación del regulado realizar, no constituyendo como atenuando de la infracción.
- **CARGO 2.** La tipificación señalada en el presente cargo si es la correcta, ya que en el proceso administrativo tramitado se ha verificado que la Agencia de Bolsa ha participado como contraparte en 88 operaciones de las cuales no existe evidencia que la entidad hubiese comunicado en forma oportuna su potencial condición de contraparte ya sea en el comprobante de la operación o en el estado de cuenta, habiendo incumplido claramente con el artículo 101 de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 751 del 8 de diciembre de 2004, con lo que el encuadramiento de la conducta de Valores Unión S.A. con la descripción hecha en la norma es adecuada.

Por otro lado, respecto al término "por más recurrente" señalado por la Resolución ASFI N° 345/2010, este responde al hecho de que no solo se incumplió en una sola oportunidad con la infracción, sino fue una acción que fue reiterada en el tiempo, aspecto que en el presente caso es considerada como una agravante, que no solo es demostrado como una (sic) enunciado - como señala Valores Unión - sino que se traduce en las 88 operaciones observadas, aspecto que demuestra de manera real, la infracción cometida.

- **CARGO 3.** La tipificación realizada en el presente cargo, se adecua de forma correcta a los hechos suscitados, toda vez que el recurrente incumplió con el artículo 21 inciso b) de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 751/2004, al no incluir la documentación requerida en las carpetas del personal, asimismo es necesario hacer notar que para la modulación de la sanción del presente cargo, se aplicaron los criterios del principio de proporcionalidad, tomando en cuenta como atenuante de la infracción que la Agencia de Bolsa procedió a regularizar la observación efectuada.
- **CARGO 4.** En el presente cargo se ha realizado de forma correcta la tipificación, toda vez que no existe evidencia que el Directorio de la Sociedad haya comunicado a la Junta de Accionistas sobre la conformidad del trabajo de auditoría externa 2007, por lo que la sociedad habría incumplido el último párrafo del punto 4 del Instructivo para la realización de auditorías externas aprobado con la carta circular SPVS/IV/DI- N° 45 del 12 de diciembre de 2007, dándose la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

*Con relación a la modulación de la sanción, se impuso la sanción mínima referida a la amonestación, en base a los criterios del Principio de Proporcionalidad establecidos, no pudiendo determinar una sanción menor.*

- **CARGO 5.** *En el presente cargo, se aplicaron los criterios de proporcionalidad, determinando que corresponde aplicar la sanción de amonestación, no pudiéndose determinar una sanción menor.*
- **CARGO 6.** *En el presente cargo, no es aplicable una sanción menor, en vista de que fueron considerados los criterios del Principio de Proporcionalidad.*
- **CARGO 9.** *En el presente cargo no se remite documentación que afirma lo señalado por el recurrente, por lo que no se puede aplicar un criterio diferente al determinado por la Resolución recurrida.*
- **CARGO 10.** *Para la modulación del presente cargo, sí se tomaron en cuenta los criterios del Principio de Proporcionalidad, especificando además, que se debe considerar la importancia de la norma infringida, puesto que al no haber comunicado al Directorio en los reportes mensuales que realiza, información relevante como las actividades del Programa de Cumplimiento o modificaciones a la normativa vigente, podría llevar a que dicha entidad realice sus labores fuera de las directrices o lineamientos definidos en el señalado Programa, aspecto que fue determinante para aplicar una sanción de \$us500 (Quinientos 00/100 DÓLARES AMERICANOS).*
- **CARGO 11.** *El cargo imputado está referido a la falta de mecanismos que aseguren la capacitación del personal de la Agencia en el Programa de Cumplimiento y no así al personal de la propia agencia, por lo que es evidente el incumplimiento al presente cargo.*
- **CARGO 14.** *El envío de los Estados de Cuenta a los clientes, no se evidencia en ninguna prueba documental que el recurrente remita, por lo que subsiste el cargo impuesto.*

**CONSIDERANDO:**

*Que, si bien es evidente que existieron infracciones a la normativa del Mercado de Valores, no es menos evidente que en la tramitación de los procesos administrativos, es importante tomar en cuenta, los lineamientos trazados por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Unidad de Recursos Jerárquicos, por lo que a fin de ajustar nuestros procedimientos a los lineamientos señalados, corresponde hacer referencia a lo expresado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010:*

"...Siguiendo el presente análisis, se tiene que el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limitó a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde...

...En este contexto el inciso a) del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 establece una multa en el grado de Primer Rango de \$us. 500, hasta \$us 10.000, siendo una facultad discrecional del operador de justicia administrativa, establecer bajo ese parámetro económico la sanción a imponer, pero sin olvidar la obligación de motivar no solamente la conducta de la infracción sino también la sanción que se imponga.

El regulador señala que las acciones e infracciones cometidas por el recurrente constituyen un Concurso de Infracciones, entonces la sanción de multa habría sido impuesta, tomando dicha consideración y estableciendo un monto único; sin embargo no fundamenta y permite evidenciar la aplicación correcta del Art. 7 del Decreto Supremo A/°26156 de 12 de abril de 2001.

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 tipificadas 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 en un porcentaje determinado por ley como consecuencia de la comisión de más de una infracción ya sea con un acto o varios actos sucesivos.

Por lo que, queda claro que dentro los parámetros de sanción que establece el artículo 13, del Decreto Supremo N°26156 (desde \$us. 500 hasta \$us. 10.000), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de imponer sanción pecuniaria por los cargos (...). 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.

*En efecto, si la Autoridad Fiscalizadora, hubiere realizado una correcta aplicación de la norma, desarrollando en la parte considerativa, el monto de sanción que se pretendía imponer a cadauna de las infracciones cometidas sujetas a sanción pecuniaria, para luego aplicar el procedimiento establecido para el Concurso de Infracciones, hubiera dado certidumbre y certeza al administrado, permitiendo ejercer su derecho a la defensa, sobre determinaciones claras y precisas, sin lugar a la emisión de un acto administrativo poco claro..."*

### **CONSIDERANDO**

*Que, el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27113 reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, sobre las anulabilidades señala que:*

*'I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinto de las previstas en el artículo anterior.*

*II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.*

*III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo".*

*Que, el artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que:*

*'I. Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.*

*II. La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar'.*

### **CONSIDERANDO**

*Que, de acuerdo a lo señalado y a efectos de crear certidumbre y certeza al administrado, corresponde que la Resolución ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, además de establecer una multa individualizada a cada infracción, señale cual es el porcentaje que cada cargo tiene en la aplicación de la multa final,*



vale decir que el monto total de la sanción debe estar claramente establecido, detallado y motivado, considerándose para ello, las sanciones aplicadas en cada uno de los cargos.

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal INFORME/ASFI/DAJ/R-67195/2010 de 07 de julio de 2010, ha concluido señalando que corresponde aplicar el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27113 reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, en el presente caso, a fin de rectificar los vicios detectados en la tramitación del presente proceso..."

#### **4. RECURSO JERÁRQUICO.-**

En fecha 22 de julio de 2010, **VALORES UNIÓN S.A.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 573/2010 de 07 de julio de 2010, expresando lo siguiente:

##### **"II. ANTECEDENTES**

**2.1.** Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010, la Ministra Interina de Economía y Finanzas Públicas :**"RESUELVE: ARTÍCULO ÚNICO.-ANULAR** el procedimiento administrativo sancionador hasta la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa motivando en derecho y ajustándola conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica."

**2.2.** La Resolución ASFI N°345/2010 en su Artículo Primero resuelve dejar sin efecto los cargos 7, 8, 12, 13 y parcialmente el 14, por incumplimiento del inciso e) del artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores a los artículos 52, 71 inciso d) y 83, respectivamente, de la Normativa para Agencias de Bolsa.

En su Artículo Segundo resuelve sancionar a VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A. con multa en bolivianos equivalente a \$us 3.000 por incumplimiento a los artículos 22 inciso h) de la Ley del Mercado de Valores, 1 inciso b) , 31, 37, 42 inciso f) 51 inciso b), punto 13, 81 y 101 de la Normativa para Agendas de Bolsas, así como al Manual Único de Cuentas, de acuerdo a las consideraciones efectuadas en la presente Resolución.

**2.3.** Conforme los términos de la Resolución ASFI N° 345/2010 se establece: "Que, mediante Informe Técnico SPVS/IV/DI/062/2009, emitido por la entonces SPVS e Informe Legal ASFI/DSV/R- 45873/2010, la Dirección de Supervisión de Valores de ASFI..." ha valorado los descargos presentados por VALORES UNIÓN; la ASFI impuso una multa de \$us3.000 (tres mil 00/100 dólares americanos) sancionando el supuesto incumplimiento a la normativa que regula el mercado de valores. La

multa fue impuesta mediante Resolución ASFI N° 345 notificada en fecha 17 de mayo de 2010.

**2.4** En fecha 08 de Junio de 2010 Valores Unión interpone recurso de revocatoria contra la resolución ASFI 345/2010.

**2.5** En fecha 14 de julio de 2010 Valores Unión es notificada con la Resolución ASFI No 573/2010. Conforme los términos de esta Resolución, se establece que la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante informe Legal INFORME/ASFI/DAJ/R-67195/2010 de 07 de julio de 2010, ha concluido la aplicación del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del Decreto Supremo No 27113(Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo) en el presente caso, a fin de rectificar los vicios detectados en la tramitación de presente proceso.

La resolución 573/2010 Resuelve: **PRIMERO** "ANULAR la Resolución ASFI 345/2010 de 10 de mayo de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debiendo dictarse nueva Resolución, en base a los lineamientos establecidos en la presente Resolución" y **SEGUNDO**: El cómputo para dictar nueva resolución será de 10 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución.

### **III FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Revisada la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo en su Artículo 36(Anulabilidad del acto) se establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción al ordenamiento jurídico.

Asimismo, en su inciso cuarto señala que las anulabilidades únicamente pueden invocarse mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la Ley de referencia.

Es decir, se dan por actuación de parte y no de oficio cual es el caso de la Resolución ASFI No 573/2010 de fecha 7 de julio de 2010, concordante con el Decreto Supremo No 27113 que en su Artículo 53 también señala que 'La autoridad administrativa, interpuesto un recurso de revocatoria o jerárquico en caso de alegarse anulabilidad (el resaltado es nuestro) podrá:...' (sic)

Manifestamos que en el Recurso Revocatorio contra la Resolución ASFI 345/2010 interpuesto por Valores Unión S.A. en ningún caso se invocó anulabilidad.

De esta manera, interpuesto nuestro Recurso Revocatorio de fecha 08 de junio de 2010 y sobre la base del artículo 43 del Decreto Supremo No 27175, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación SIREFI, la

*Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero solo podía haber resuelto el Recurso bajo una de las formas establecidas en el mencionado artículo.*

## **PETITORIO**

*Por lo expuesto y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 64, el Decreto Supremo No 27175 en su artículo 43, la Ley del Mercado de Valores y demás normas aplicables, solicitamos a su autoridad REVOQUE la Resolución Administrativa ASFI N° 573 / 2010 de fecha 7 de julio de 2010, por haber sido dictada contra la ley..."*

## **CONSIDERANDO:**

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

### **1.- Sobre las instancias procesales dentro el Procedimiento Administrativo.-**

De acuerdo al recurso presentado por Valores Unión, llama la atención que tanto en la suma del mismo, su desarrollo y el petitum, se infiere que el recurrente interpuso "Recurso revocatorio" en instancia revocatoria; aspecto que de haber sido su verdadera pretensión, contradice los lineamientos legales dentro el procedimiento administrativo; puesto que este cuenta con instancias procesales específicas y no es procedimentalmente viable pretender impugnar doblemente actos definitivos en la misma instancia que los resolvió.

Todo procedimiento legal ya sea civil, penal, judicial, municipal, administrativo, etc. se encuentra conformado por etapas procesales así como instancias procesales que deben ser sistemáticamente tramitadas de acuerdo a la su propia legislación procedimental; sucesión de actos que conllevan a la decisión de toda autoridad de emitir pronunciamiento en derecho, susceptible a ser impugnado, pero siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Es así que el Procedimiento Administrativo, se encuentra reglado por la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 (Ley Marco) y su reglamentación especial para el Sistema de Regulación Financiera aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; disposiciones legales concordantes y congruentes entre sí sobre las etapas procesales en materia administrativa y regulatoria financiera, estableciendo instancias procesales de procedimiento e impugnaciones específicas y de cumplimiento obligatorio.

En este contexto, podríamos decir en un carácter meramente ilustrativo y para su mejor entender, que las aludidas disposiciones legales administrativas, establecen principalmente tres instancias (i) la primera corresponde al proceso inicial que culmina

con la manifestación legal de la autoridad administrativa mediante un acto administrativo debidamente motivado que en materia de nuestra competencia puede ser declarativa de derechos, regulatoria y/o sancionatoria, (ii) Una vez emitido el acto administrativo, ya sea de alcance particular o general; este puede ser impugnado por los sujetos procesales legitimados de acuerdo a los agravios sufridos en sus derechos subjetivos, abriéndose paso a una segunda instancia, que el procedimiento administrativo lo denomina Instancia Revocatoria (iii) y la tercera instancia de impugnación conocida como Jerárquica que de acuerdo al procedimiento administrativo regulatorio es la máxima instancia de impugnación en la vía administrativa.

Tenemos entonces, que el procedimiento legalmente constituido no admite “un recurso revocatorio en instancia revocatoria” (Art. 66 L.P.A. y Art. 52 D.S. 27175), empero tampoco la autoridad administrativa debe negar el derecho del peticionante, a la impugnación de un determinado acto, sin importar la instancia en la que se encuentren los eventuales errores procedimentales que el recurrente pudo incurrir; siendo su deber encausar el procedimiento de acuerdo a los principios legales establecidos en materia administrativa; elevando dicha impugnación ante instancia correspondiente.

Es en este sentido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió la impugnación presentada por Valores Unión S.A. sin importar el nomenjuris que el escrito contenía (Interpone Recurso de Revocatoria); ya que la instancia competente para conocer y evaluar la Resolución Revocatoria ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010 es la Jerárquica.

## **2.- Sobre la impugnación realizada por el recurrente contra en Acto Administrativo anulado.-**

Una vez compulsado lo concerniente a las instancias del proceso administrativo corresponde adentrarse a la impugnación realizada por Valores Unión S.A. por intermedio de la interposición de su recurso de alzada.

Como se podrá apreciar, el documento impugnatorio presentado por el recurrente refiere a aspectos de forma en la tramitación del procedimiento, puesto que aduce que la disposición que cursa en la Resolución Administrativa Revocatoria de anular “de oficio” la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, es un acto administrativo contrario a las disposiciones legales vigentes; en este ámbito corresponde entonces realizar una compulsada adecuada del procedimiento y los fundamentos fácticos que llevaron al órgano de supervisión a tomar la determinación de anular la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010.

En primera instancia corresponde señalar 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, en razón a los principios de legalidad justicia y eficacia, resguardando garantías legalmente constituidas y en su caso, la no afectación del orden público. Dicha enmienda y/o corrección debe ser de previo y especial pronunciamiento a la cuestión de fondo a tramitar, no siendo pertinente realizar valoraciones sobre la naturaleza misma del proceso.

## **2.1.- Nulidades procesales**

En este contexto, el instituto de las nulidades procesales en materia administrativa se encuentra plenamente identificado en todo procedimiento legal – ya sea de forma análoga o expresa – como una solución procedimental a la subsanación de vicios encontrados en la tramitación de todo proceso. Instituto de características especiales que clasifican los vicios según la gravedad e importancia que reviste la antijuricidad, calificándolos como nulidades absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, con diferencias específicas al momento de emitir pronunciamiento. Diferencias que deben ser claramente identificadas para su correcta aplicación, debiendo ser valoradas de acuerdo a lo que establece la doctrina y el procedimiento especial que las reglamenta.

La nulidad absoluta o de pleno derecho penaliza al acto de ineficaz desde el punto de vista intrínseco y por ello carece de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación; vale decir que no requiere de una solicitud expresa de nulidad, ya que al constituirse en un defecto de fondo, la nulidad debe ser declarada inclusive de oficio. Asimismo la nulidad absoluta tiene un carácter *erga omnes*, aspecto que hace susceptible de ser opuesto por cualquier persona que detente un interés legal y en cualquier momento no siendo aplicable una acción de extinción caducidad o prescripción contra el defecto de fondo.

Contrario sensu a lo manifestado, la nulidad relativa, de forma o anulabilidad tiene efectos mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos aspectos fundamentales: el primero corresponde al libre arbitrio del afectado y el segundo a la seguridad jurídica a la que pueden verse afectado. De acuerdo a estos presupuestos las partes que se consideren afectadas por un acto anulable, sólo ellos pueden pedir o aducir la declaración de nulidad del acto dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual el derecho del peticionante precluye y convalida el defecto, estableciendo entonces que el inejercicio de la acción de petición de anulabilidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto subsanatorio.

En el presente caso, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dispuso anular la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010 con el fundamento establecido en los artículos 36 y 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 53 del Decreto Supremo N° 27113 que reglamenta a la Ley de

Procedimiento Administrativo; preceptos legales que son transcritos en el acto administrativo anulatorio de acuerdo al siguiente texto:

*“Que, el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27113 reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, sobre las anulabilidades señala que:*

*I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.*

*II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad **cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.** (El Subrayado y negrilla insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

*III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”.*

*Que, el artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que:*

*I. Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dicto el acto, subsanando los Vicios de que adolezca.*

*II. La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar’.”*

Como, bien lo establece el aludido acto administrativo, el fundamento anulatorio se basa en la ley marco y su correspondiente reglamento, debido a que el órgano de regulación cometió el mismo error por el cual, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 013/2010 de 19 de abril de 2009 el procedimiento administrativo sancionador fue anulado, es decir debido a la falta de motivación en la individualización de la sanción y su proporcionalidad.

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas instruyó en el precitado acto administrativo jerárquico que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dicte una nueva Resolución Administrativa debiendo motivarla en derecho y ajustarla a los términos que señaló esta.

Ahora bien, al ASFI en fecha 10 de mayo de 2006, emite Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 en la que sanciona a Valores Unión S.A. cometiendo la misma omisión anterior, vale decir no individualiza las sanciones con relación a los cargos imputados

creando nuevamente esa inseguridad jurídica, y falta de certidumbre y confianza en el regulado, en relación a la individualización de la sanción según al cargo imputado y la proporcionalidad al momento de aplicar la multa; tanto es así que Valores Unión S.A., recurre el fallo **aduciendo nuevamente una falta de individualización en el cargo, una correcta tipificación y posterior sanción de acuerdo a la proporcionalidad;** manifestando de manera textual lo siguiente:

*“Consideramos que lo correcto es realizar un análisis individual de cada cargo para determinar la tipificación correcta según las características de cada supuesta acción u omisión, de forma tal que se pueda establecer la sanción si corresponde a cada cargo de forma justa responsable y proporcional.”*

Tenemos entonces que el defecto procesal por el cual fue anulado el procedimiento, nuevamente se habría suscitado vinciando el acto y al haber aducido el recurrente de manera implícita el defecto en su memorial de Recurso Revocatorio presentado en fecha 08 de julio de 2010, trayendo inclusive a colación los alcances legales de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSEF/URJ-SIREFI N° 013/2010, habiéndose configurado los requisitos esenciales de anulabilidad desarrollados precedentemente ya que en instancia correspondiente (Recurso de Revocatorio), el administrado nuevamente manifestó una falta de proporcionalidad e individualización de multas invocando los alcances de la precitada Resolución Ministerial Jerárquica.

Acto seguido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero una vez conocidos los fundamentos factico-jurídicos expresados por el recurrente, evidencia que la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 adolecía de los mismos defectos por los cuales el procedimiento fue anulado anteriormente, evidenciando la omisión cometida en instancia sancionatoria de no tomar en cuenta los alcances esgrimidos en instancia jerárquica, en consecuencia el defecto procesal debía ser subsanado. Es en este contexto que la Autoridad Fiscalizadora tomó la decisión de anular el procedimiento para subsanar el defecto procesal nuevamente suscitado.

Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento específico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como *antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una o más normas relacionadas*, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma especial, sin conculcar otros preceptos normativos superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatorio deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a

momento de tomar una decisión, tales como el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos.

En este contexto es evidente que Valores Unión S.A. se vio seriamente afectado en sus derechos fundamentales y subjetivos con la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010, debido a que esta conculcaba su derecho a un debido proceso y seguridad jurídica al no haberse tomado en cuenta lo manifestado instancia jerárquica y no individualizar las multas impuestas de acuerdo a los cargos imputados.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa ha compulsado la posibilidad de que el órgano de regulación pueda anular sus propios actos estableciendo requisitos esenciales para su procedencia; en este contexto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 30/2005 de 16 de agosto de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI señala:

### *III.2. Facultad de anulación de obrados por parte de la SPVS*

*El artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como principios de la actividad administrativa los siguientes: a) Principio fundamental. El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad y; 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.***

*De la normativa señalada, se tiene que la SPVS **puede disponer la anulación del procedimiento cuando considere que ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma que tenga relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo...*** (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De acuerdo a la precedente administrativo glosado que tiene vinculación con el presente caso, tenemos que Valores Unión S.A. en su recurso de revocatoria manifiesta falta de proporcionalidad e individualización a momento emitir la multa impuesta, aspecto que afecta el debido proceso y seguridad jurídica que se constituyen como derechos fundamentales del regulado y la falta de certidumbre en la eficacia del acto que afecta sus derechos subjetivos, adquiriendo una gran relevancia el hecho de que el defecto procesal fue suscitado en dos oportunidades y que de continuar este debe ser corregido sin mayores dilaciones procesales para evitar no sólo la conculcación de derechos fundamentales, sino también una interposición de recursos administrativos que prolongarían irremediabilmente la tramitación del proceso administrativo manteniendo activo el aparato procesal administrativo incrementado su carga procesal para llegar igual a un criterio de necesidad de rectificación del vicio y subsanación de este.



Por otro lado es importante recordar al órgano fiscalizador que en el eventual caso de que se produzcan defectos procesales que conlleven a una eventual nulidad o anulabilidad del acto; este debe ser de especial y previo pronunciamiento no siendo pertinente entrar a considerar el fondo de la causa tal como se dio en el presente caso, ya que la Autoridad Fiscalizadora realizó una valoración de fondo sobre los cargos imputados, la sanción impuesta y se pronunció sobre el Recurso de Revocatoria interpuesto, para luego, disponer la anulación del acto administrativo impugnado; aspecto que puede llegar a afectar el principio de congruencia, eficacia y de sometimiento pleno a la ley.

**CONSIDERANDO:**

Que, de acuerdo a todo lo compulsado se llega a establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dispuso la anulación de la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, al evidenciar un defecto procesal que definitivamente hubiera conllevado nuevamente una anulación del procedimiento en instancia a quem cuando se realizare un control de legalidad del acto, al existir una eminente vulneración de los derechos fundamentales del administrado que fueron expuestos en el Recurso de Revocatoria presentado.

**CONSIDERANDO:**

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá confirmar la Resolución impugnada.

**POR TANTO:**

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR** la Resolución Administrativa ASFI N° 573/2010 de 7 de julio de 2010 que anula la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

**Regístrese, notifíquese y archívese.**

**Lic. Luis Alberto Arce Catacora**

**Ministro de Economía y Finanzas Públicas**





Ministerio de  
**ECONOMÍA**  
Y  
**FINANZAS PÚBLICAS**  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

# ESTADÍSTICAS



**RECURSOS JERÁRQUICOS PRESENTADOS ANTE EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS**  
**VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS - UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA**  
**GESTIÓN 2010**

Nº	Entidad Recurrida	RECURRENTE	RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA	FECHA	RESOLUCIÓN EMITIDA
1	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/001/2010	18/01/2010	CONFIRMA PARCIALMENTE
2	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/002/2010	18/01/2010	CONFIRMA PARCIALMENTE
3	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/003/2010	18/01/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
4	ASFI	BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/004/2010	19/01/2010	ANULA
5	ASFI	BANCO MERCANTIL	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/005/2010	19/01/2010	REVOCA PARCIALMENTE
6	AP	LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/006/2010	12/02/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
7	ASFI	BANCO DE CREDITO DE BOLIVIA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/007/2010	17/02/2010	ANULA
8	ASFI	BANCO ECONÓMICO S.A. Y SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN (SERPREC)	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/008/2010	23/02/2010	CONFIRMA PARCIALMENTE
9	AP	ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/009/2010	02/03/2010	CONFIRMA PARCIALMENTE
10	ASFI	ALIANZA DE VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. Y LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/010/2010	17/03/2010	ANULA
11	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/011/2010	05/04/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
12	ASFI	BANCO LOS ANDES PRECREDIT S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/012/2010	06/04/2010	ANULA
13	ASFI	VALORES UNIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/013/2010	19/04/2010	ANULA
14	ASFI	BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/014/2010	19/04/2010	ANULA
15	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA - LA PRIMERA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/015/2010	03/05/2010	ANULA
16	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/016/2010	14/06/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
17	ASFI	PANAMERICAN SECURITIES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/017/2010	16/06/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
18	AP	FELIPA LAHOR VDA. DE BUEZO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/018/2010	29/06/2010	DESISTIMIENTO DEL RECURSO JERÁRQUICO
19	ASFI	BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/019/2010	29/06/2010	ANULA
20	ASFI	ENTIDAD DE DEPÓSITOS DE VALORES DE BOLSA S.A. (EDV)	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/020/2010	01/07/2010	CONFIRMA PARCIALMENTE
21	ASFI	POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/021/2010	27/08/2010	CONFIRMA PARCIALMENTE
22	ASFI	BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/022/2010	21/09/2010	REVOCA PARCIALMENTE
23	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/023/2010	23/09/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
24	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/024/2010	29/09/2010	ANULA
25	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/025/2010	04/10/2010	REVOCA TOTALMENTE
26	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/026/2010	14/10/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
27	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/027/2010	05/11/2010	DESISTIMIENTO DEL RECURSO JERÁRQUICO
28	ASFI	CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/028/2010	11/11/2010	CONFIRMA TOTALMENTE
29	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/029/2010	23/11/2010	ANULA
30	ASFI	VALORES UNIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/030/2010	26/11/2010	CONFIRMA TOTALMENTE

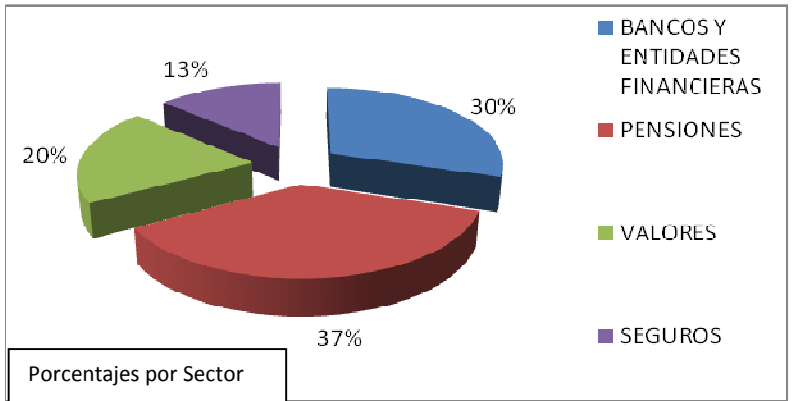
ASFI Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero  
AP Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones

**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL  
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS  
VPSV – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2010**

**RECURSOS JERÁRQUICOS POR SECTOR RESUELTOS  
POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS  
PÚBLICAS – GESTIÓN 2010**

Número de Recursos

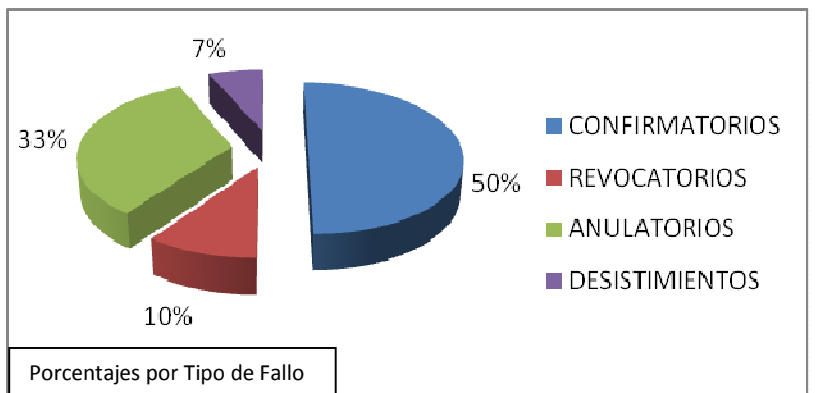
ENTIDAD	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	9
PENSIONES	11
VALORES	6
SEGUROS	4
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>



**TIPOS DE FALLO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA  
Y FINANZAS PÚBLICAS – GESTIÓN 2010**

Número de Fallos por Tipo

FALLO	TOTAL
CONFIRMATORIOS	15
REVOCATORIOS	3
ANULATORIOS	10
DESISTIMIENTOS	2
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>



**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL  
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS  
VPSV – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2010**

TIPO	BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	PENSIONES	VALORES	SEGUROS	TOTAL
	CONFIRMATORIOS	1	9	4	1
REVOCATORIOS	3	0	0	0	3
ANULATORIOS	5	0	2	3	10
DESISTIMIENTOS	0	2	0	0	2
<b>TOTAL</b>	<b>9</b>	<b>11</b>	<b>6</b>	<b>4</b>	<b>30</b>

